Über Wesen und Eigentümlichkeiten des Kaufes im Wege der Zwangsvollstreckung.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

Rud. Wilh. Lüttemann,
Referendar aus Göttingen.

Göttingen
Gedruckt bei Hubert & Co.
1916.

Meinem Onkel

Herrn Justizrat

Karl Wilhelm Lütkemann

in Hannover.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548120_0026

Literatur.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von Rehbein und Reincke. Bd. I. 1894.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv, Sächsisches für bürgerliches Recht und Prozeß.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Arndts, Pandekten. 12. Aufl. 1889.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 2. Teil. System des Kaufs. 1884.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. I Die allgemeinen Lehren. 2. Aufl. 1902. Bd. II, 1 Schuldverhältnisse. Allgemeine Lehren 3. Aufl. 1905. Bd. II, 2 Schuldverhältnisse. Einzelne Obligationen 4. Aufl. 1915.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I. 5. Aufl. 1894.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. II. 2. Aufl. 1910. Bd. III. 2. Aufl. 1913.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß). Bd. IV. Heft 2.

Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. II. 1882.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1 9.—11. Aufl. 1913. Bd. I, 2 9.—11. Aufl. 1915.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1914.

Fischer-Schäfer, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Aufl. 1910 und 1. Aufl. 1902.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 12. und 13. Aufl. 1907.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. II. 7. Aufl. 1896.

Frankenberger, Zur Lehre vom Kaufvertrag nach bürgerlichem und Handelsrecht. (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 65 S. 409, 425.)

Frensdorf, Die Versteigerung. Diss. Heidelberg 1912.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2 Bde. 10. Aufl. 1911/13.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 3. Aufl. 1909.

Jaeckel, Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien. 3. Aufl. 1893 (enthält preußisches Zwangsversteigerungsgesetz vom 3. Juli 1883).

Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Juristisches Literaturblatt.

Juristenzeitung, Deutsche.

Juristische Wochenschrift.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1910.

Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, systematisch dargestellt. 1904.

Kurlbaum, Neue Grundsätze der Zwangsversteigerung von Immobilien nach dem preußischen Gesetz vom 13. Juli 1883. 2. Aufl.
Lehmann, Handelsrecht. 2. Aufl. 1912.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag. 1896.
Lungstras, Das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts bei der Versteigerung. Diss. Freiburg 1885.
Mannkopf, Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten. Bd. III. 1838.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtl. Ausg. 1888. Bd. I und II.
Motive zum Entwurf eines Reichs-Zwangsversteigerungsgesetzes (Guttentag 1889).
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. I u. II.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1908. Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 4. Aufl. 1913. Bd. II. 3. Aufl. 1907.
v. d. Pfordten, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 1905.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Regelsberger, Die Lehre von der Versteigerung. (Zivilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. 1868.)
Reinhard, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 1901.
Rösen, Die Versteigerung. Diss. Bonn 1902.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. 1908.
Rothenberg, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. (ArchZivPrax. Bd. 94 S. 265 ff.)
Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Diss. Tübingen 1899.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Schulenburg, Die Versteigerung. Diss. Heidelberg 1907.
Schulz, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. Diss. Würzburg 1905.
Schröder, Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Diss. Halle 1903.
Seuffert, De auctione.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II. 10. Aufl. 1908.
Springer, Der Kauf nach deutschem Rechte. 1906.
Staub, Kommentar zum HGB. Bd. I. 9. Aufl. 1912. Bd. II. 9. Aufl. 1913.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. I u. II. 7.–8. Aufl. 1912.
Struckmann-Koch, Die ZPO. für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1910.
Thöl, Das Handelsrecht. 1879.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.
Vorschriften für die Gerichtsvollzieher (in Preußen) in der vom 1. Juli 1903 geltenden Fassung. Amtl. Ausgabe.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1885.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.
Wolff, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 1. Aufl. 1899.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Bd. 3.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II u. IV.

Inhalt.

Einleitung.

Kapitel 1:

Juristische Konstruktion des Kaufs im Wege der Zwangsvollstreckung.

I. Allgemeines.

II. Das Ausgebot des Versteigerers.

III. Das Gebot des Bieters.

IV. Der Zuschlag.

V. Das abgeschlossene Geschäft.

A. Nach der sog. Amtstheorie ist in der Zwangsversteigerung nur ein öffentlich-rechtlicher Akt zu sehen.

B. Widerlegung dieser Ansicht.

1. Aus dem BGB.

2. Aus dem ZVG.

C. Stellung des Richters bezw. des Gerichtsvollziehers.

D. Ergebnis aus A—C: Es ist möglich und richtig, von einem „Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung" zu sprechen.

E. Folgen der Vertragsnatur der Zwangsversteigerung.

Kapitel 2:

Abweichungen des Kaufs im Wege der Zwangsvollstreckung vom gewöhnlichen Kauf.

I. Gegenstand.

II. Form.

III. Inhalt.

IV. Abschluß.

V. Gültigkeit.

VI. Erfüllung.

VII. Aufhebung, insbesondere wegen dolosen Verhaltens.

Kapitel 3:

Käufer und Verkäufer insbesondere.

I. Die Pflichten des Käufers.

II. Die Pflichten des Verkäufers.

Einleitung.

Vom Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung soll in dieser Abhandlung die Rede sein. Bevor wir mit der Erörterung der juristischen Konstruktion dieses besonderen Kaufs beginnen und seine Abweichungen vom gewöhnlichen Kauf darlegen, ist einiges vorauszuschicken.

1) Auf die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, insbesondere auf die Lehre vom Vollstreckungstitel, ist nicht näher eingegangen, sondern es ist für das Folgende die Annahme unterstellt worden, daß diese Voraussetzungen gegeben sind, daß ferner die Zwangsvollstreckung ordnungsgemäß begonnen und ohne Hindernisse bis zum Stadium der Zwangsversteigerung gediehen ist.

2) Da unter Zwangsvollstreckung sowohl die Vollstreckung in das bewegliche wie die in das unbewegliche Vermögen zu verstehen ist, so wird hier nicht der rein willkürlichen Terminologie des Gesetzes Folge geleistet, welche das Wort „Zwangsversteigerung" auf die Versteigerung bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen beschränkt (s. § 866 ZPO. und das ZVG.). Vielmehr ist Zwangsversteigerung in dem hier gebrauchten Sinn jedwede auf Grund einer Zwangsvollstreckung erfolgende Versteigerung, einerlei ob beweglicher oder unbeweglicher Sachen. Es fällt also unter ihren Begriff die „öffentliche Versteigerung" beweglicher Sachen (§ 814 ZPO.), die frühere „Auktion" nicht minder als die „Zwangsversteigerung" von Grundstücken (§ 866 ZPO.), die frühere „Subhastation".

3) Die Versteigerung des BGB. ist nur vergleichsweise berücksichtigt, insbesondere dort, wo ihre Heranziehung zum Verständnis von Wesen und Besonderheiten der Zwangsversteigerung tunlich erschien.

Kapitel 1.

Juristische Konstruktion des Kaufs im Wege der Zwangsvollstreckung.

I.

Der Kauf des BGB. erfordert begrifflich zwei mit einander korrespondierende Erklärungen: auf der einen Seite, die Sache gegen Entgelt abnehmen – auf der anderen Seite, sie gegen Entgelt übereignen zu wollen. Daraus geht hervor, daß er ein gegenseitiger Vertrag ist, auf den die Regeln der §§ 320–327 BGB. Anwendung finden. – Außer diesen übereinstimmenden Erklärungen sind dem Kauf noch wesentlich eine res, das Kaufobjekt, und ein pretium, das Entgelt, der Preis. Letzterer muß in Geld bestehen, anderenfalls liegt nicht Kauf, sondern Tauschvertrag vor (Mot. z. BGB. Bd. II S. 320). Auch muß er verum sein, wenn nicht ein bloßes Scheingeschäft (§ 117 BGB.) vorliegen soll. Das Erfordernis, certum zu sein, ist für den Kaufpreis nur gegeben im Sinne von bestimmbar, nicht im Sinne von bestimmt. Denn man kann die Preisbestimmung einem Dritten überlassen (§ 317 BGB.), man kann sie auch in das Ermessen des Käufers oder Verkäufers selbst stellen (§§ 315, 316 BGB.). – Der Kauf des BGB. ist ein rein schuldrechtlicher Vertrag. Er begründet lediglich Ansprüche und Verbindlichkeiten. Irgendwelche dinglichen Wirkungen kommen ihm nicht zu.

Es fragt sich für uns: Paßt das Gesagte auch für den Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung, fügt er sich in die Begriffsbestimmung des gewöhnlichen Kaufes ein? –

Diese das Wesen der Zwangsversteigerung berührende Frage ist noch immer Gegenstand wissenschaftlichen Streites.

Die einen sagen, die Zwangsversteigerung sei ein zivilrechtlicher Vertrag, das Vollstreckungsorgan schöpfe die Berechtigung seines Handelns aus seiner Stellung als Vertreter der Partei **(Vertragstheorie)** –, die anderen erklären sie für einen öffentlich rechtlichen Akt, in welchem das Vollstreckungsorgan nur auf Grund seiner Amtsstellung tätig werde **(Amtstheorie).** Je nachdem man sich auf die Seite der Vertragstheorie oder der Amtstheorie stellt, wird die Frage, deren Lösung wir zunächst suchen, zu beantworten sein: ob in der Zwangsversteigerung ein Kaufvertrag enthalten ist oder nicht.

Die Streitfrage historisch darzulegen, ist hier nicht der Ort. Es mag die Verweisung auf die Kommentare zum ZVG. genügen; nur eine geschichtliche Tatsache soll kurz erwähnt werden: Früher, d. h. vor Erlaß des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 galt die Vertragstheorie; schon in der AGO. § 63 Tit. 52 Th. 1 wird das in der Subhastation abgeschlossene Geschäft ausdrücklich ein „Kontrakt" genannt; entsprechend wird in § 340 Tit. 11 Th. 1 ALR. bestimmt: „Auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufgeschäften überhaupt Anwendung". Heute wird die Amtstheorie von der herrschenden Lehre vertreten (Jaeckel-Güthe, Fischer-Schäfer, Kretzschmar, v. d. Pfordten, Reinhard).

Vergeblich suchen wir im ZVG. selbst nach einem Satz, welcher sich über die Natur der Zwangsvollstreckung äußerte und uns Antwort gäbe auf die Frage. Das Gesetz spricht zwar nicht von einem Kaufpreis, sondern von „Versteigerungserlös" und meidet das Wort Kauf überhaupt geflissentlich, aber daraus lassen sich noch keine Folgerungen ziehen auf eine etwaige Parteinahme des Gesetzes für die Amtstheorie. Auch betonen die Motive zum ZVG., daß das Gesetz sich absichtlich jeder Bestimmung enthalten hat, an die sich eine Konstruktion der Zwangsversteigerung anlehnen ließe. S. 118ff. heißt es dort:

> Dem geltenden Rechte gegenüber erhebt sich die Frage, wie die Zwangsversteigerung juristisch zu konstruieren, welchem anderen Rechtsgeschäft sie an die Seite zu stellen ist. Die geschichtliche Entwicklung der Subhastation aus dem römischen Pfandverkaufe legt es nahe, in der Versteigerung des Grundstücks einen Verkauf zu sehen, der nur die Eigentümlichkeit hat, daß der Vertrag in den Formen der Zwangsvollstreckung zustande gebracht und vollzogen wird. . . .

Es wird aufgezählt, wie die einzelnen Landesrechte zu der Frage standen. Dann heißt es weiter:

> Neuerdings ist die ganze Verkaufstheorie als unzutreffend bekämpft und ihr die Auffassung entgegengesetzt worden, daß der Richter lediglich in Ausübung seiner Pflicht dem Gläubiger den exekutorischen Rechtsschutz zu gewähren, kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit dem Schuldner das Eigentum nehme und auf den Meistbietenden übertrage (Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. I § 343; Krech-Fischer, Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 S. 111ff.).
>
> Auf die Gründe für und gegen die eine und die andere Auffassung ist hier nicht einzugehen. Der Entwurf bezweckt die Zwangsvollstreckung in Grundstücke vollständig zu regeln. Diese Regelung muß allerdings,

da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechts ist, in ihren Vorschriften ihre Ergänzung finden. Allein ein praktisches Bedürfnis zu einer Entscheidung darüber, ob die Ergänzung gerade aus den Vorschriften über den Kaufvertrag zu entnehmen ist, hat sich bei Aufstellung des Entwurfs nicht ergeben. Die Lösung der Konstruktionsfrage kann daher ohne Schaden für die Rechtssicherheit der Wissenschaft überlassen bleiben.

Dieser Standpunkt kehrt wiederholt in den Motiven wieder (z. B. S. 225), wird aber verlassen auf S. 259. Dort handelt es sich um die Auffassung des Zuschlagsbeschlusses, und bei der Gelegenheit erklären sich die Motive — entgegen ihrem S. 118 ff. ausgesprochenen Programm — für die Amtstheorie. Sie bemerken dort:

> Auch kann der Erwerb des Erstehers nicht auf eine rechtsgeschäftliche Übertragung zurückgeführt werden. Denn der Ersteher erwirbt das Eigentum, nicht weil es ihm von den Beteiligten, bezw. von dem Gläubiger oder dem Schuldner übertragen, sondern weil ihm das Grundstück von dem Vollstreckungsgerichte zugeschlagen wird. Der Zuschlag ist nach dem Entwurfe nicht das Zeichen der Vollendung eines Vertrags, auch nicht die Form eines solchen, sondern ein Richterspruch, durch welchen aus dem stattgehabten Verfahren das dem Zwecke desselben entsprechende Ergebnis für und gegen die Beteiligten und die noch gebundenen Bieter gezogen wird. Diese rechtliche Natur des Zuschlags bringt es mit sich, daß die Rechtsänderungen, welche derselbe bezweckt, unmittelbar mit dem Spruche des Gerichts ins Leben treten müssen. Der Eigentumserwerb des Erstehers kann daher folgerecht nur an den Zuschlag geknüpft werden.

Wie wir sehen, ist in der Konstruktionsfrage kein Verlaß auf die Motive: Zuerst betonen sie, ihre Lösung der Wissenschaft überlassen zu wollen und neigen doch gleichzeitig zur offenbaren Vertragstheorie — später verwerfen sie diese und bevorzugen die Amtstheorie. Ganz abgesehen davon, ist ja aber auch die Ansicht des Verfassers der Motive völlig gleichgültig; für die Beantwortung konstruktiver Fragen ist lediglich das Gesetz selbst bezw. dessen Auslegung entscheidend.

Wenn sich Verfechter der Amtstheorie auf die Motive zum ZVG. stützen — wie Fischer-Schäfer 1. Aufl. Einl. § 8 —, so ist das also kein Grund, der für ihre Ansicht in die Wagschale fallen könnte.

Auch in der Annahme gehen sie fehl, wenn sie glauben, daß in der Zwangsversteigerung kein Raum sei für eine ergänzende Anwendung der Normen des BGB. über gegenseitige Verträge (§§ 320 – 327), weil es

sich bei ihr lediglich um einen öffentlich rechtlichen Akt handele. Dafür ein Beispiel:

Obwohl die Motive S. 118 sagen: „Der Entwurf bezweckt die Zwangsversteigerung der Grundstücke vollständig zu regeln; diese Regelung muß allerdings, da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechts ist, in dessen Vorschriften ihre Ergänzung finden", behauptet Kretzschmar S. 54, das Zwangsversteigerungsgesetz habe nach jeder Richtung hin Sorge getragen, daß kein Bedürfnis bestehe, auf die Normen zurückzugreifen, welche das BGB. für den Kauf aufstellt; die erforderlichen Vorschriften seien sämtlich im Gesetz selbst getroffen. Er straft sich aber selbst lügen in § 33 II, wo er sagt: „Die Bestimmung gibt übrigens den im BGB. § 926 aufgestellten Rechtssatz unter Anpassung an das Zwangsversteigerungsverfahren wieder und bietet so einen Beweis dafür, wie das ZVG. allenthalben bestrebt gewesen ist, den ganzen Stoff selbständig zu ordnen und so einen jeden Rückgriff auf die Normen des privatrechtlichen Kaufes zu verüberflüssigen", und wenige Zeilen weiter unten fortfährt: „Im übrigen kann sich fragen, ob insoweit nicht die Vorschriften im BGB. § 323 zu Gunsten des Erstehers Platz greifen"! Auch an anderer Stelle (S. 112) hält er es für geboten, den § 323 BGB. ergänzend im ZVG. anzuwenden. Er kommt also trotz seiner gegenteiligen Behauptung ohne Heranziehung der Vorschriften des BGB. über gegenseitige Verträge nicht aus; deren Anwendbarkeit kann aber nur mit der Vertragstheorie begründet werden.

Doch mit alledem läßt sich noch nicht der Wert bezw. der Unwert der einen oder der anderen Theorie beweisen. Es soll daher im Folgenden der Verlauf der Versteigerungsverhandlung selbst ins Auge gefaßt werden. Daraus wird am ehesten ein Aufschluß über das in der Versteigerung liegende Rechtsgeschäft und dessen Zustandekommen zu gewinnen sein.

II.

Im Versteigerungstermin erfolgt zunächst das **Ausgebot** des Versteigerers, indem er die Sache aufruft, über den Gegenstand oder das Grundstück die notwendigen Angaben macht, die Versteigerungsbedingungen bekannt gibt und zur Abgabe von Geboten auffordert (vgl. § 66 ZVG.). Die juristische Natur des Ausgebots kann zweifacher Art sein.

1) Man kann darunter verstehen einen Vertragsantrag. In dem Falle würde es sich handeln um eine Offerte ad incertam personam, denn sie richtet sich an die Gesamtheit der erschienenen Bieter, und der Offerent weiß noch nicht, wer seine Offerte annehmen wird. Es war bestritten, ob nach römischem und gemeinem Recht eine solche Offerte zulässig

sei. Für beide Rechte ist die Streitfrage zu bejahen (Arndts § 231 Anm. 4; Regelsberger § 9 S. 48ff.), ebenso für das geltende Recht (Düringer-Hachenburg Bd. III S. 7ff.); man denke z. B. an die Aufstellung eines Automaten (vgl. Neumond, Der Automat, ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte, ArchZivPrax. Bd 89 Abhandlung 3). Bei dieser Auffassung des Ausgebots enthält demnach jedes Gebot bereits die bindende Annahme einer Offerte, die also jedesmal einen Vertrag zwischen dem Versteigerer und Bieter herbeiführt, freilich einen Vertrag unter der aufschiebenden bezw. auflösenden Bedingung, daß nicht von einem anderen ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall (bezw. bei der Resolutivbedingung den Eintritt) der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrages und damit Befreiung des früheren Bieters; der definitive Vertrag kommt erst durch das letzte Gebot zustande. Bei dieser Auffassung geht die heutige Bedeutung des Zuschlags in der Grundstückszwangsversteigerung (§ 90 ZVG.) verloren; er würde sich überhaupt erübrigen oder höchstens den Zweck haben, festzustellen, daß ein weiteres Gebot nicht erfolgt, also die Bedingung des durch das letzte Gebot abgeschlossenen Vertrages erfüllt sei.

2) Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Das ergibt sich schon aus der Natur der Sache. Denn derjenige, welcher eine Sache versteigert, sei er selbst Versteigerer im Sinne von Verkäufer oder nur Organ der Zwangsvollstreckung (wie der Richter und der Gerichtsvollzieher), hat gewöhnlich nicht die Absicht, sie um jeden gebotenen Preis abzugeben. Sondern der Sinn der Versteigerung ist der, daß der Versteigerer keinem der Bieter gebunden sein will; die Versteigerung ist nicht Vertragsantrag an eine unbestimmte Person, sondern Einladung an das Publikum, seinerseits Vertragsanträge zu stellen, und ein Vertrag kommt erst dadurch zustande, daß der Versteigerer einen dieser Anträge annimmt, dem Offerenten den Zuschlag erteilt. Dann hat der Zuschlag die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung, erst durch ihn wird der Vertrag geschlossen. Diese Bedeutung des Ausgebots ist im Zweifel als die richtige zu betrachten (Windscheid, Pand. § 308; Düringer-Hachenburg Bd. II S. 149). Auch das BGB. vertritt diesen Standpunkt für die freiwillige Versteigerung (§ 156; Mot. z. BGB. Bd. I S. 176). Die regelmäßige Bedeutung des Ausgebots als Aufforderung an das Publikum zur Abgabe von Geboten hindert freilich nicht, daß die Parteien eine gegenteilige Abrede treffen können, derzufolge sich der Versteigerer an sein Ausgebot bindet[1]).

[1]) Z. B. ein Kurzwarenhändler oder ein Antiquar will sein Lager von Laden-

III.

Entsprechend dem Charakter des Ausgebots des Versteigerers ist das **Gebot** des Bieters zu beurteilen. Sieht man in dem Ausgebot eine Offerte (was an sich möglich ist bei besonderer Parteivereinbarung, wie eben gezeigt), so ist das Gebot gleich der Annahme der Offerte, durch welche der Vertragsabschluß unmittelbar herbeigeführt wird, natürlich unter der suspensiven bezw. resolutiven Bedingung, daß bis zum Ablauf des Termins kein bezw. ein besseres Gebot abgegeben werde (vgl. oben S. 6); denn ohne diese würde der Zweck der Versteigerung, durch gegenseitiges Überbieten der Kauflustigen möglichst hohe Preise zu erzielen, gänzlich vereitelt werden.

Betrachtet man dagegen das Ausgebot — wie es die Regel ist — als bloße Aufforderung zur Abgabe von Offerten, so stellt sich das daraufhin erfolgende Gebot notwendig als eine Offerte an den Versteigerer dar, durch deren Annahme der Vertrag erst zustande kommt (vgl. Falkmann S. 718). Die Gegner der Vertragstheorie behaupten natürlich, „der Gedanke, daß das Gebot ein Vertragsantrag, eine Kaufofferte sei, müsse abgelehnt werden" (so z. B. Reinhard, Anm. 1 zu § 72). Das ist aber unrecht, die Paragraphen des ZVG. sprechen für die gegenteilige Annahme. Vergleichen wir z. B. das Erlöschen eines Gebots mit dem eines gewöhnlichen Vertragsantrags! Letzterer erlischt nach § 146 BGB., wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Ein Gebot erlischt nach § 72 ZVG., wenn ein Übergebot (welches abgegeben wurde) zugelassen wird. Hier genügt also nicht — wie nach § 156 BGB. — die alleinige Abgabe des Übergebots, sondern es muß außerdem noch zugelassen werden. Die Parallele ist klar: Wird das Übergebot zugelassen, so bedeutet das eine ausdrückliche Ablehnung des in dem Untergebote liegenden Vertragsantrags gemäß den Regeln des § 146 BGB.

Die Eigenschaft des Gebotes als einer Offerte bringt es mit sich, daß der Bieter durch sein Gebot gebunden ist, es sei denn, daß er die bindende Kraft ausgeschlossen hatte (§ 145 BGB.). Durch die Abgabe eines Übergebotes, bezw. bei der Immobiliarexekution durch die Zulassung des Übergebotes wird er von seinem Vertragsantrag frei.

Übergebot ist jede dem Versteigerer genehmere als die vorhergehende Vertragsofferte, weil sie Zahlung eines höheren Kaufpreises verspricht.

Das Übergebot in der Mobiliarzwangsversteigerung befreit den vor-

---

hütern räumen und erklärt, daß er das einzelne Stück um das jedesmalige Meistgebot, wie hoch es auch sei, hergeben werde.

angehenden Bieter schon allein dadurch, daß es abgegeben wird (§§ 817 Abs. 1 ZPO., 156 BGB.). Selbst dann, wenn der Versteigerer das Übergebot sofort zurückweist, wird das erloschene frühere Gebot nicht wieder hergestellt (Mot. z. BGB. Bd. I S. 177). Bestritten ist, ob das Übergebot ein gültiges sein muß. Dies wird zu bejahen sein, indem nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz an eine Willenserklärung, die als rechtlich nichtige keinerlei Rechtswirkungen haben kann, die fragliche Wirkung hat knüpfen wollen (so Planck Anm. 1 z. § 156, Staudinger Anm. 5 z. § 156; anderer unrichtiger Ansicht Dernburg Bd. II 1 S. 199, Oertmann Anm. 2 z. § 156).

Bei der Immobiliarexekution muß, wie gesagt, das Übergebot auch noch zugelassen werden, wenn Befreiung des Vorbieters eintreten soll; außerdem darf der Zulassung von keinem Beteiligten sofort widersprochen sein (§ 72 Abs. 1 Satz 1 ZVG.). Ist aber gegen die erfolgte Zulassung des Gebots nicht sofortiger Widerspruch erhoben, so bringt es das frühere Gebot selbst dann zum Erlöschen, wenn es sich nachträglich als unwirksam und nichtig herausstellt (Kretzschmar S. 129). Es soll aber ein solches Gebot nach § 71 Abs. 1 ZVG. nicht zugelassen werden. — Zulässig ist bei jeder Zwangsversteigerung nur dasjenige Gebot, welches im Rahmen der Versteigerungsbedingungen bleibt. Wird eine höhere Summe geboten, aber unter anderen Zahlungsmodalitäten, so liegt kein Übergebot vor. Die Zahlungsfähigkeit des Überbieters spielt keine Rolle; die Wirkung des Übergebotes tritt ein, einerlei ob es von einem zahlungsfähigen oder gänzlich insolventen Bieter abgegeben wurde. Deshalb gibt das ZVG. Vorschriften über Sicherheitsleistung eines zweifelhaft erscheinenden Bieters und über Zulassung des Gebotes (§§ 67 ff., 72 ZVG.), welche dem Versteigerer hinreichenden Schutz gewähren gegen Gebote, die nur aus Bosheit oder zu dem Zweck erfolgen, einen vorangehenden Bieter, der durch übergroßen Eifer zu hoch gegangen war, zu befreien. Bei der Zwangsversteigerung von beweglichem Vermögen und der freiwilligen Versteigerung wird sich ein entsprechender Schutz durch die Versteigerungsbedingungen leicht erreichen lassen.

IV.

Die Bedeutung des **Zuschlags** ist, wie oben S. 6 erwähnt, ebenfalls eine völlig verschiedene, je nach der besonderen Auffassung des Ausgebotes, welche man zugrunde legt. Betrachtet man das Ausgebot als eine Offerte, so ist der Vertrag bereits mit jedem Gebot abgeschlossen, und zwar unter der Bedingung, daß kein Nachgebot erfolge; der Zuschlag

besagt dann nur, daß die zum Bieten bestimmte Zeit abgelaufen ist, ohne daß ein besseres Gebot abgegeben wurde, daß mithin der letzte Bieter Meistbietender geblieben und dadurch der bedingte Vertrag in einen unbedingten übergegangen ist. In diesem Falle hat der Zuschlag nur eine rein tatsächliche Bedeutung; er ist keineswegs erforderlich, vielmehr genügt es, wenn nur der Zeitpunkt genau feststeht, bis zu welchem die Gebote zu geschehen haben.

Eine weit größere Wichtigkeit kommt dem Zuschlag dann zu, wenn das Ausgebot nur als eine Anfrage an das Publikum gilt. Denn hier besteht vor dem Zuschlag noch kein Vertrag, vielmehr liegt nur eine bindende Offerte vor; der Zuschlag ist materiell die Antwort auf die Kaufofferte, die Annahme derselben seitens des Versteigerers und bringt demnach den Vertrag zum Abschluß. Er ist als solcher unbedingt erforderlich, wenn anders die Versteigerung ihren Zweck, die Eingehung eines Vertrages herbeizuführen, erfüllen soll. Der Zuschlag des Richters in der Zwangsversteigerung hat noch die weitere Bedeutung, daß er die Beobachtung der erforderlichen Formalitäten und die Entstehung des beabsichtigten Vertrages feststellt. „Der Beschluß, durch welchen der Zuschlag erteilt wird (§ 82 ZVG.), stellt formell das Ergebnis der Versteigerung dar; er ist bestimmend einerseits für die Änderungen, welche durch den Zuschlag an den Rechten der Beteiligten entstehen, andererseits für die rechtliche Stellung des Erstehers, den Rechtserwerb und die Verbindlichkeiten desselben. Die Wirkungen des Zuschlags werden durch das Gesetz bezw. durch die Versteigerungsbedingungen geregelt. Die Voraussetzungen für die Regelung hat der Beschluß zu geben." (Mot. z. ZVG. S. 242.)

Nimmt man den Zuschlag in der regelmäßigen Bedeutung als Annahme einer Offerte, so entsteht die wichtige Frage, ob der Versteigerer überhaupt zum Zuschlag an einen der Bieter verpflichtet sei. Dies ist für die freiwillige Versteigerung nach § 156 BGB. und für die Zwangsversteigerung beweglicher Sachen nach den §§ 814 ff. ZPO. mit Notwendigkeit zu verneinen. Der Grund dafür ist dieser: Wenn das Gebot nur eine Offerte an den Versteigerer ist, so kann dieser, da das Ausgebot nichts als eine Aufforderung zum Bieten enthält, nicht zur Annahme gezwungen sein. Ein solcher Zwang würde nicht nur den allgemeinen Grundsätzen über Vertragsanerbieten, sondern auch sogar dem Zweck der Versteigerung widersprechen. Denn sie geschieht doch nur in der Absicht, dem Versteigerer die Erlangung der besten Bedingungen für das beabsichtigte Geschäft zu ermöglichen und zu erleichtern. Es ist deshalb ganz selbstverständlich, daß er, wenn die gebotenen Bedingungen ihm nicht genügen, den Zuschlag

verweigert. Ebensowenig ist er verpflichtet, den Zuschlag nur unter den anfänglichen Bedingungen zu erteilen; er ist berechtigt, auf ein in der Versteigerung unter anderen Bedingungen erfolgendes Anerbieten einzugehen. Er ist in seiner Entschließung ungebunden.

Keinesfalls besteht auch für ihn eine rechtliche Notwendigkeit, den Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen. Allerdings wird in den bei weitem häufigsten Fällen der Meistbietende den Zuschlag erhalten. Dies hat darin seinen Grund, daß in der Regel das Meistgebot auch den Anforderungen und Wünschen des Versteigerers am vollständigsten entspricht, indem er ja gewöhnlich nur auf das höchste Gebot bedacht ist. Sodann ist aber auch der Versteigerer meist genötigt, mit dem Höchstbietenden abzuschließen, da nur dieser noch an seine Offerte gebunden ist, während die früheren Bieter durch das folgende Mehrgebot befreit sind, sodaß er also jedenfalls sich mit diesen in weitere Verhandlungen einlassen müßte. Aus dem Umstand, daß der Zuschlag regelmäßig an den Meistbietenden erfolgt, ist noch keine dahingehende Pflicht des Versteigerers zu folgern. Es ist auch gar nicht einzusehen, weshalb der Versteigerer, der doch in jedem Augenblick die Versteigerung abbrechen und das Geschäft anderweitig abschließen kann, dies nicht auch mit den noch anwesenden Vorbietern tun dürfte. Gewöhnlich wird er dann allerdings nicht, wie bisher, als derjenige erscheinen, dem ein Vertragsanerbieten gemacht wird, sondern selbst als Offerent, indem er jetzt selbst zuerst sein Anerbieten machen muß, um den durch das Mehrgebot von seiner Offerte entbundenen Vorbieter zum Vertragsabschluß zu bestimmen. Man kann demnach im allgemeinen dem Versteigerer wohl nicht die Befugnis absprechen, dem Meistbietenden den Zuschlag zu versagen und mit einem anderen das Geschäft abzuschließen. Eine gegenteilige Festsetzung in den Bedingungen, welche den Versteigerer zur Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden verpflichtet, ist allerdings möglich; dann ist die Annahme eines Untergebots oder eine andere Abwicklung des Geschäftes unzulässig (vgl. Oertmann Anm. 3 z. § 156).

Das Gesagte gilt aber nur für die freiwillige Versteigerung nach dem BGB. und für die Zwangsversteigerung von beweglichen Sachen. Anders verhält es sich bei der Zwangsversteigerung von Immobilien (§ 81 Abs. 1 ZVG.). Hier ist der Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen, es besteht eine Pflicht des Versteigerers dazu und ein Recht des Meistbietenden darauf, welches er nach § 97 ZVG. im Falle der Versagung des Zuschlags im Beschwerdewege verfolgen kann und welches seinerseits der Übertragung, Verpfändung und Pfändung fähig ist. Als selbstverständliche Voraussetzung

gilt, daß das Gebot nicht bereits nach den Vorschriften der §§ 70 – 72 ZVG. unwirksam geworden ist.

Dieses Recht des Meistbietenden auf Erwerb des Grundstückes ist etwas Außergewöhnliches und seine juristische Konstruktion, welche sämtliche Kommentare zum ZVG. schweigend übergehen, bereitet Schwierigkeiten. Die Motive beschränken sich darauf, den Grund der Regelung im § 81 ZVG. anzugeben und bemerken S. 225:

> In dem für die Zwangsversteigerung eines Grundstückes vorgeschriebenen Verfahren hat jeder Beteiligte seine eigenen, durch den Inhalt seines Rechts und dessen Stellung in der Rangordnung bestimmten und begrenzten Befugnisse. Hierüber hinaus kann ihm, ohne die Interessen der übrigen Beteiligten zu gefährden, ein Einfluß auf die Entscheidung über den Zuschlag nicht eingeräumt werden. Für eine Annahme des Meistgebots, welche willkürlich von dem Gläubiger oder einem anderen Beteiligten erklärt oder versagt werden könnte, ist demnach hier kein Raum. Vielmehr liegt die Annahme in dem Zuschlage, welchen das Gericht auf das Meistgebot erteilen muß, wenn ein gesetzlicher Grund zur Ablehnung desselben nicht vorhanden ist. Ein Recht des Meistbietenden besteht daher auch nur in den Grenzen, welche aus den besonderen Rechten der Beteiligten sich ergeben. Es fällt namentlich fort, wenn der Versteigerungsantrag zurückgenommen oder das Verfahren einstweilen eingestellt wird.

Das Recht des Meistbietenden ist danach begründet in der Eigenart des Zwangsversteigerungsverfahrens, in welchem der Richter zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen sämtlicher Beteiligten berufen und daher kraft seines Amtes nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, den Veräußerungsvertrag mit den Meistbietenden abzuschließen. Nach Seuffert (De auctione S. 21) soll die Verpflichtung zum Zuschlag an den Meistbietenden ihren Grund nur in den besonderen Rücksichten des Gesetzgebers, nicht in einem dem Meistbietenden aus der Natur der Versteigerung zukommenden Rechte haben. Allein die Auffassung des Gesetzes ist eine andere, wie aus § 81 Abs. 2 ZVG. deutlich hervorgeht. Es fragt sich nur, wie man das Recht des Meistbietenden auf Erwerb des Eigentums an dem Grundstück konstruieren soll. Aus einem Vertrage zwischen dem Bieter und dem Versteigerer läßt es sich nicht ableiten, da ein Vertragsverhältnis zwischen diesen beiden Personen erst mit der Erteilung des Zuschlags geschaffen wird. Man wird es nur bezeichnen können als ein dem Meistbietenden gesetzlich gewährtes obligatorisches Recht auf Abschluß des Kaufvertrages, welches für den Versteigerer Kontrahierungszwang

begründet. Dies Recht hat freilich einerseits die Wirksamkeit des Gebotes, andererseits den Fortgang des Verfahrens zur Voraussetzung, wie auch die Motive hervorheben; es macht daher die Zurücknahme des Versteigerungsantrages nicht unmöglich, was der § 33 ZVG. durch die Bestimmung ausdrücklich anerkennt, daß im Fall der Zurücknahme dieses Antrags der Zuschlag zu versagen ist; es steht auch der Einstellung des Verfahrens auf Grund eines die Zwangsversteigerung hindernden Rechts nicht entgegen. Das ändert an seiner Natur aber nichts, sondern besagt nur, daß das Recht auf Erwerb des Eigentums ein bedingtes, von der Voraussetzung des Fortganges des Verfahrens abhängiges Recht ist.

V.

Werden das Ausgebot, das Gebot und der Zuschlag in dieser Weise verstanden, so ergibt sich, daß die Zwangsversteigerung nicht lediglich ein öffentlich rechtlicher Akt ist, sondern daß in ihr auch ein Rechtsgeschäft, ein zivilrechtlicher Vertrag zustande kommt. Bei der freiwilligen Versteigeruug des BGB., welche ohne Mitwirkung des Gerichts oder anderer Urkundspersonen stattfinden kann, legt die herrschende Lehre den einzelnen Akten der Versteigerung auch die gezeigte Bedeutung bei und kommt so zu demselben Ergebnis. Im gemeinen wie im preußischen Recht hat auch die Zwangsversteigerung den Charakter eines Kaufgeschäftes gehabt. Doch ist mit Erfolg gelehrt worden, daß nach dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 nicht dasselbe anzuerkennen sei[1]), und diese Lehre stützt sich gerade auf die Natur des Zuschlags, durch welchen der Ersteher nicht einen obligatorischen Anspruch auf Eigentumsverschaffung (§ 156 BGB.), sondern unmittelbar das Eigentum selbst erlangt (§ 90 ZVG.).

A. Der Zuschlag in der Immobiliarzwangsversteigerung, so lehrt die Amtstheorie, sei nicht — wie der Zuschlag nach § 156 BGB. — Annahme eines in dem Meistgebote liegenden Vertragsantrags, er sei kein Privatrechtsgeschäft, sondern ein richterlicher Ausspruch, durch welchen der Richter in Ausübung staatlicher Machtvollkommenheit den Ersteher zum Eigentümer mache. Für die Frage, was den Gegenstand des durch Zuschlag bewirkten Eigentumserwerbes (§ 90 ZVG.) bildet, sei lediglich der Inhalt des Zuschlags, nicht der Veräußerungswille der das Verfahren betreibenden Personen maßgebend. Ebensowenig komme auf den Erwerbswillen des Erstehers etwas an; der Zuschlag als eine in Ausübung des staatlichen

[1]) Vgl. oben S. 3.

Hoheitsrechts vorgenommene richterliche Entscheidung (in Form eines Beschlusses) bedürfe keiner Annahme oder Genehmigung seitens des Erstehers und sei deshalb auch von dem Vorhandensein und dem Umfange eines Erwerbswillens auf Seiten des Erstehers unabhängig. Der Richter handele als staatliches Vollstreckungsorgan in Ausübung öffentlicher, ihm durch Gesetz verliehener Gewalt, nicht in Ausübung einer privatrechtlichen Vertretungsmacht für den bisherigen Eigentümer oder den betreibenden Gläubiger. — Zu dieser Ansicht hat sich auch das Reichsgericht bekannt in Bd. 60 S. 54 im Gegensatz zu RG. bei Gruchot Bd. 46 S. 869.

Fischer-Schäfer sagt in seinem Kommentar zum ZVG. (1. Aufl. Anm. 1 zu § 90): „Durch den Zuschlag wird das bisherige Eigentum an dem zugeschlagenen Gegenstande aufgehoben und in gleichem Umfange das Eigentum für den Ersteher begründet. War der Schuldner der bisherige Eigentümer, so beruht die Übertragung des Eigentums auf den Ersteher darauf, daß der Richter in Ausübung des staatlichen Rechtsschutzes dem Schuldner das Grundstück enteignet, indem er es dem Ersteher zuteilt. Ist der Schuldner selbst der Ersteher, so wird ihm durch den Zuschlag die freie Verfügung über das Grundstück wieder zurückgewährt, nachdem sie ihm durch die Beschlagnahme genommen war." Und a. a. O. in der Einleitung § 8 heißt es: „Ein Versuch nach Art der freiwilligen Versteigerung (§ 156 BGB.), ein in der Zwangsversteigerung abgegebenes Gebot als Kaufsanerbieten zu behandeln, dessen Annahme durch den Verkäufer den Abschluß des Kaufvertrages bewirkt, muß daran scheitern, daß in der Zwangsversteigerung der Zuschlag, weil er vom Gerichte aus eigener staatlicher Machtvollkommenheit erteilt wird, nicht die Bedeutung einer Annahmeerklärung haben kann, und daß auch vor dem Zuschlage als Vorbedingung desselben keine Annahmeerklärung nötig ist."

Kretzschmar (S. 56) weist ebenfalls auf die Wirkung des Zuschlags nach § 90 ZVG. und auf die Verschiedenheit des Eigentumsüberganges an einem Grundstück in und außerhalb der Zwangsversteigerung hin: „Auch die Übertragung des Eigentums vollzieht sich nicht in den Formen, in welchen das Eigentum am Grundstücke rechtsgeschäftlich übertragen wird. An Stelle der Auflassung und Eintragung tritt bei der Zwangsversteigerung der Zuschlag des Grundstückes seitens des Vollstreckungsgerichts. Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks, sofern nicht im Beschwerdewege der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird. Der grundbücherlichen Verlautbarung des Eigentumswechsels bedarf es dazu nicht; die Eintragung des Erstehers als Eigentümer erfolgt nur zur Berichtigung des Grundbuches." Daraus ergibt sich ihm als Folgerung: „Hiernach stellt

sich die Zwangsversteigerung als ein Akt öffentlichen Rechtes dar, der große Ähnlichkeit mit der Enteignung aufweist. Hieran darf auch der Umstand nicht irremachen, daß privatrechtliche Elemente mit unterlaufen, und daß insbesondere das Bieten eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist."

Jaeckel-Güthe Anm. 1 zu § 56 erkennt die gleichmäßige Regelung des Gefahrüberganges beim Eigentumswechsel in und außerhalb der Zwangsversteigerung, behauptet aber trotzdem: „Obwohl § 56 ZVG. mit dem § 446 BGB. (Gefahrübergang) übereinstimmt, können doch weder die für Verträge gegebenen allgemeinen Vorschriften (z. B. die §§ 156, 306 BGB.) zur unmittelbaren Anwendung gelangen, noch die für Kaufverträge besonders geltenden, weil durch die Zwangsversteigerung überhaupt kein Vertrag zustande kommt."

B. Zwar wird nirgends auch nur angedeutet, daß die Erteilung des Zuschlags den Abschluß eines Kaufvertrages oder das Zustandekommen einer anderen Willenseinigung, insbesondere der nach den §§ 873, 925 BGB. zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke erforderlichen Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (des sog. dinglichen Vertrages) voraussetze, oder daß durch den Zuschlag ein vom Gericht vermittelter und zugleich durch Eigentumsübertragung erfüllter obligatorischer oder dinglicher Veräußerungsvertrag zustande komme (Fischer-Schäfer 1. Aufl. Einl. § 8). Aber daraus können die Gegner kein Argument für das Nichtzustandekommen eines Vertrages entnehmen; denn, wie die Motive (S. 118) hervorheben und schon früher einmal betont worden ist[1]), hat das ZVG. sich absichtlich solcher Andeutungen enthalten, um in keiner Weise beeinflussend in den Streit der Meinungen sich einzumischen.

1) Das BGB. freilich schweigt sich nicht in gleicher Weise über die Natur des Zwangsversteigerungsgeschäftes aus; es steht offensichtlich auf dem Standpunkt der Vertragstheorie, denn es spricht im § 456 ausdrücklich von dem „Verkauf" im Wege der Zwangsvollstreckung und schließt im § 512 das „Vorkaufsrecht" aus für den Fall, daß der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, obgleich eine solche Ausschließung unnötig wäre, wenn durch die Zwangsversteigerung nicht ein Verkauf entstände. Ferner ist — worauf Wolff in Anm. 1 zu § 90 aufmerksam macht — im § 1821 Nr. 4 BGB. die Absicht, dem Vormund den entgeltlichen Erwerb von Grundstücken nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu gestatten, durch die Bestimmung zum Ausdruck gebracht, daß der Vormund dieser Genehmigung „zu einem Vertrage" bedürfe, „der auf

[1]) Vgl. oben S. 3.

den entgeltlichen Erwerb eines Grundstückes gerichtet ist", und es ist nicht bestritten, daß der Vormund auf Grund des § 1821 Nr. 4 in der Zwangsversteigerung ein Gebot nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeben darf (Jaeckel Anm. 6 zu § 71; Reinhard Anm. 2 zu § 71). Wenngleich uns dieser Grund für die vertragliche Natur der Zwangsversteigerung reichlich weit hergeholt zu sein scheint, so kommt er doch, wenn auch nicht als ausschlaggebender, zu den anderen hinzu.

2) Doch auch im ZVG. selbst ist die Bestätigung für die Vertragstheorie zu finden.

So wird z. B. in § 118 ZVG. bestimmt, daß, soweit das Bargebot nicht berichtigt wird, die Forderung gegen den Ersteher auf die Hebungsberechtigten durch Anordnung des Gerichts zu übertragen sei. Die Forderung gegen den Ersteher muß danach einem Dritten zustehen, denn sonst bedürfte es deren Übertragung nicht. Wer jener Dritte ist, sagt das Gesetz freilich nicht, aber es ist wohl nicht zweifelhaft, daß es als den ursprünglich Forderungsberechtigten aus dem Zuschlagsbeschlusse den Schuldner ansieht. Dieses wird bestätigt durch § 128 Abs. 2 ZVG.: „Soweit die Forderung gegen den Ersteher unverteilt bleibt, wird eine Sicherungshypothek für denjenigen eingetragen, welcher zurzeit des Zuschlags Eigentümer des Grundstücks war."

Bei einigen Paragraphen des 2. Titels des ZVG. ist es ganz klar ersichtlich, daß sie Bestimmungen des BGB. über den Kaufvertrag zur Anwendung bringen, teilweise auch in etwas modifizierter Form mit Rücksicht auf die Eigenart des Zwangsverkaufs; so bei den §§ 53 (vgl. § 416 BGB.), 56 (vgl. § 446 BGB.), 57 (vgl. §§ 571 ff. BGB.), 58 in Verb. m. 81 Abs. 1 (vgl. § 449 BGB.), 72 (vgl. § 156 BGB.). — —

§ 53 ZVG. lautet:

Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich, so übernimmt der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek; die Vorschriften des § 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1])

---

[1]) § 416 BGB.: Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt. Sind seit dem Empfange der Mitteilung 6 Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als erteilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mitteilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den

finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß als Veräußerer im Sinne dieser Vorschriften der Schuldner anzusehen ist.

Die Beteiligten werden also kraft Gesetzes in die Rechtslage versetzt, welche sich im Fall eines Kaufvertrages ergibt, wenn der Käufer in Anrechnung auf den Preis eine Schuld des Veräußerers übernimmt.

Aus dieser Vorschrift folgt Bestätigung des allgemeinen Vertragscharakters des Zuschlags; es sollen die Regeln, die für den gewöhnlichen Kauf eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks gelten für den besonderen Fall des Kaufes im Wege der Zwangsvollstreckung analog zur Anwendung kommen. —

Gemäß § 53 ZVG. findet ein wirklicher zivilrechtlicher Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Ersteher statt. Das wird zwar geleugnet von Anhängern der Amtstheorie, weil sie dann auch Zugeständnisse machen müßten hinsichtlich des Kaufvertrages wegen der akzessorischen Natur der Schuldübernahme nach § 416 BGB.[1]), scheint uns aber doch beweisbar zu sein.

Reinhard sagt S. 273, es handele sich hier um einen fingierten Schuldübernahmevertrag; der Umstand, daß der Ersteher im Verhältnis zum Schuldner, der für eine bestehen bleibende Hypothek persönlich haftet, sich so behandeln lassen müsse, als habe er einen Vertrag geschlossen, sei nur eine gesetzliche Versteigerungsbedingung. —

Unter die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen fällt freilich auch die Vorschrift des § 53 ZVG., denn sie sind ihrer Natur nach Bestimmungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Beteiligten und des Erstehers regelt, aber das bildet keinen Hinderungsgrund für die Tatsache, daß in der Schuldübernahme nach § 53 ein wirklicher Schuldübernahmevertrag vorliegt.

Über die Versteigerungsbedingungen bestimmt § 59 ZVG., daß jeder Beteiligte eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung der Versteigerungsbedingungen verlangen kann mit der Einschränkung, daß, falls durch die Abweichung das Recht eines anderen beeinträchtigt wird, dessen Zustimmung erforderlich ist. Wenn nun über die gesetzliche Versteigerungsbedingung der Schuldübernahme nach § 53 eine abweichende Vereinbarung getroffen werden soll, wenn z. B. die Schuldübernahme —

Hinweis enthalten, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der 6 Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzuteilen. Sobald die Erteilung oder die Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.

[1]) Darüber s. unten S. 18.

was gewiß möglich ist — ausgeschlossen werden soll, wird dann ein Recht eines anderen Beteiligten beeinträchtigt, sodaß dessen Zustimmung dazu erforderlich wäre? Man könnte an ein Recht des Gläubigers denken, die Übernahme der Schuld seitens des Erstehers verlangen zu können. Nähme man das Vorhandensein dieses Rechtes des Gläubigers an, so würde die Ausschließung der Schuldübernahme des Erstehers nach § 53 zweifellos eine Beeinträchtigung dieses Rechts darstellen, und seine Zustimmung wäre zu einer solchen Änderung der Versteigerungsbedingungen erforderlich nach § 59 Abs. 1 S. 2. Nun ist aber die Schuldübernahme seitens des Erstehers nicht ein Recht des Gläubigers, sondern sie ist im alleinigen Interesse des Schuldners angeordnet, wie Jaeckel-Güthe Anm. 1 zu § 53 sagt: „Die Vorschrift bezweckt den Schutz des Schuldners. Ihm soll die Möglichkeit gegeben sein, aus der persönlichen Verbindlichkeit, sofern eine solche besteht, in Ansehung derjenigen Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden herauszukommen, welche bestehen bleiben. Diese Möglichkeit zu gewähren und dafür den Ersteher in die persönliche Verbindlichkeit eintreten zu lassen, ist eine Forderung der Billigkeit. Dem Gläubiger wird damit nicht zu nahe getreten, weil das Gesetz ihm die Wahl läßt, ob er den bisherigen Schuldner behalten oder den Ersteher als solchen annehmen will." Daraus erhellt, daß dem Gläubiger ein Recht, die Übernahme der Schuld zu verlangen, nicht zusteht. Und weiter: er kann die Genehmigung oder Verweigerung der Schuldübernahme überhaupt nur aussprechen, wenn der Schuldner ihm Mitteilung von der Schuldübernahme macht. Tut er das nicht, so schließen Schuldner und Ersteher unter sich einen Schuldübernahmevertrag ab, der für den Gläubiger gar keine Wirkung hat (§ 415 BGB.). Einer Zustimmung des Gläubigers zur Ausschließung der Schuldübernahme nach § 59 ZVG. bedarf es also nicht; ganz allein der Schuldner hat es in der Gewalt, die Versteigerungsbedingungen, soweit sie die Übernahme der persönlichen Schuld betreffen, zu regeln. Er allein trifft die Bestimmungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm selbst, dem Ersteher und dem Gläubiger gestalten soll, genau so wie bei der gewöhnlichen Schuldübernahme nach den §§ 415 ff. BGB.

Der Umstand, daß der Ersteher im Verhältnis zum Schuldner, der für eine bestehen bleibende Hypothek persönlich haftet, sich so behandeln lassen muß, als habe er einen Vertrag geschlossen, ist freilich eine gesetzliche Versteigerungsbedingung, darin ist Reinhard Recht zu geben; das ergibt aber noch nicht, daß es sich hier um einen fingierten Schuldübernahmevertrag handelt, sondern — wie die obigen Ausführungen zeigen — liegt ein wirklicher Schuldübernahmevertrag vor.

Diese feststehende Tatsache bleibt nun nicht ohne Einfluß auf die Frage, ob in der Zwangsversteigerung ein Kaufvertrag enthalten ist oder nicht, sie ist vielmehr eine weitere Bestätigung dafür. Der Schuldübernahmevertrag nach § 416 BGB. hat nämlich akzessorischen Charakter. Laut ausdrücklicher Bestimmung dieses Paragraphen kann er nur geschlossen werden zwischen den beiden Parteien, welche den Hauptvertrag geschlossen haben über die Veräußerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks. Und dieser Hauptvertrag muß wohl ein Rechtsgeschäft sein, denn es ist doch nicht gut möglich, daß der Schuldübernahmevertrag in einem akzessorischen Verhältnis stehen könnte zu einem staatlichen Akt! — So folgt aus der akzessorischen Natur des Schuldübernahmevertrags, der im Zwangsversteigerungsverfahren zwischen Ersteher und Schuldner abgeschlossen wird, daß das Hauptgeschäft ebenfalls rechtsgeschäftlicher Art ist, daß also zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande kommt. Ohne diese Annahme ist eine Anwendung des § 416 BGB. im Zwangsversteigerungsverfahren unmöglich (Schulz S. 40). — —

§ 57 ZVG. lautet:

> Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Der Ersteher ist jedoch berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist.

Der Satz des BGB. „Kauf bricht nicht Miete" hat also auch im ZVG. eine wenngleich eingeschränktere Geltung gewonnen. Auch hinsichtlich des Miet- und Pachtrechts regelt sich der Zwangsverkauf nach den Vorschriften des Kaufvertrages. Der Erwerber tritt an die Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Miet- und Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Er ist daher berechtigt, den Miet- und Pachtzins für die Zeit nach dem Zuschlage in Anspruch zu nehmen; denn von diesem Zeitpunkt an gehen die Nutzungen auf ihn über (§ 56 ZVG.).

Es ist für unseren Zweck lehrreich, die Geschichte des § 57 ZVG. hier wiederzugeben.

Der Entwurf I des BGB. hatte in den §§ 509—512 die Rechtsstellung des Mieters eines Grundstückes im Falle der Veräußerung desselben nach dem gemeinrechtlichen Grundsatze „Kauf bricht Miete" geregelt, jedoch mit der Milderung, daß bei Vermietung einer unbeweglichen

Sache der Mieter nur nach einer von dem Erwerber an ihn gerichteten Aufforderung, und nach Ablauf einer von dieser Aufforderung an zählenden, näher bezeichneten Frist zur Räumung verpflichtet, bis dahin aber der Erwerber verbunden war, den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache durch den Mieter, sowie Vornahme der gegenüber dem Mieter dem Vermieter obliegenden Handlungen zu gestatten (Mot. z. BGB. Bd. II S. 383). Diese Bestimmung wurde in den Entwurf I zum ZVG. übertragen, und in der Tat, sie stimmte gänzlich überein mit dem Grund und dem Zwecke, die die Zwangsversteigerung verfolgt, und mit den anderen Vorschriften des ZVG., die darauf gerichtet sind, einen möglichst hohen Preis für das Grundstück zu erzielen durch Herbeiführung einer möglichst großen Konkurrenz von Kauflustigen (man denke an die Versagung des Gewährleistungsanspruchs für Rechtsmängel, § 56 Satz 3 ZVG.).

Der gemeinrechtliche Standpunkt des Entwurfs I zum BGB. stieß jedoch bei der Kritik auf besonders lebhaften und ausgedehnten Widerspruch (s. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. Bd. II S. 246ff., Bd. VI S. 382ff.). Dementsprechend wurde von der II. Kommission der entgegengesetzte Grundsatz angenommen, der in den §§ 571—579 BGB. seine nähere Ausgestaltung erfahren hat: „Kauf bricht nicht Miete". Die vollständige Übertragung dieses Grundsatzes in das ZVG. widersprach aber dem Grunde und dem Zweck des Zwangsversteigerungsverfahrens. Andererseits war die Beibehaltung des im Anschluß an den Entwurf I zum BGB. in den Entwurf I zum ZVG. übernommenen Grundsatzes völlig begründet in den Zwecken der Zwangsversteigerung. Trotzdem hat man sich nicht enthalten können, dem Entwurf II zum BGB. zu folgen. Man ist von den Vorschriften, die das BGB. über den Kauf getroffen, auch im ZVG. ausgegangen und hat dem Ersteher dieselbe Stellung gegeben wie dem Käufer im BGB. „Die Versteigerung des Grundstücks bewirkt nun ebensowenig wie die freiwillige Veräußerung durch den Schuldner, daß der Miet- und Pachtvertrag, durch den das Grundstück einem Dritten überlassen wurde, aufgelöst und der Mieter oder Pächter auf seine obligatorischen Ansprüche gegen seinen Vertragsgegner angewiesen wird" (v. d. Pfordten § 57 Anm. 1). Den Zweck, der im Entwurf I zum ZVG. zum Ausdruck kam, hat man nun einigermaßen dadurch zu erreichen gesucht, daß man dem Ersteher das Recht der Kündigung mit gesetzlicher Frist für den ersten zulässigen Termin einräumte. Der Grundsatz aber, daß Kauf nicht Miete bricht, ist auch im ZVG. beibehalten und bietet so einen ferneren Beweis dafür, daß man in der Zwangsversteigerung einen Kaufvertrag zu erblicken hat. — —

Ein Vergleich der §§ 72 Abs. 1 ZVG. und 156 Satz 2 BGB. ergibt, daß die Dauer der Gebundenheit des Bieters an sein Gebot in der Zwangsversteigerung genau so geregelt ist wie bei der freiwilligen Versteigerung des BGB.: durch ein Übergebot wird er frei. — Der § 156 BGB. war zunächst als bloße Auslegungsregel gedacht. Die ihm entsprechende Bestimmung des Entwurfs I zum BGB. (§ 90) lautete: „Bei einer Versteigerung an den Meistbietenden oder Wenigstfordernden ist im Zweifel der Vertrag erst dann geschlossen, wenn auf ein Gebot der Zuschlag erfolgt ist, und der Bietende an sein Gebot solange gebunden, als er nicht überboten worden ist. Mit dem Übergebote, oder wenn kein solches gemacht und der Zuschlag nicht vorher erfolgt ist, mit dem Ablauf des Versteigerungstermines, ist das Gebot im Zweifel erloschen". An die Stelle dieses Wortlautes wurde im Entwurf II zum BGB. folgende Bestimmung gesetzt (§ 126): „Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird".

„Der Antrag bezweckte, abgesehen von redaktioneller Änderung, durch Weglassung der im Entwurf I zweimal gebrauchten Worte „im Zweifel" zum Ausdruck zu bringen, daß es sich bei beiden Sätzen nicht um bloße Auslegungsregeln, sondern um dispositive Vorschriften handele. Es wurde hierfür geltend gemacht, daß die beiden Sätze des Antrags so sehr das für Versteigerungen Natürliche und Regelmäßige aussprächen, daß ihnen die erhöhte Bedeutung von dispositiven Rechtssätzen zukomme" (Mugdan I S. 695).

Der § 126 des Entwurfs II zum BGB. ist als § 156 BGB. geltende Gesetzesbestimmung geworden, sodaß also diese Bestimmung nicht als Auslegungsregel aufzufassen ist, sondern den Charakter eines dispositiven Rechtssatzes trägt. Der § 156 BGB. findet auf alle „öffentlichen Versteigerungen" (d. h. auf die Fälle, wo ohne die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung jemand auf Grund gesetzlicher Bestimmungen berechtigt ist, einen Gegenstand für Rechnung eines anderen zu verkaufen: §§ 383, 489, 753, 754, 2042 i. Verb. m. 1233 ff., 975, 979, 983, 1219, 1235 BGB.), sowie auf die Versteigerungen durch den Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung Anwendung (vgl. § 817 ZPO.). Auch der § 72 ZVG. beruht auf dem Grundsatze des § 156 BGB. — —

§ 56 ZVG. entspricht dem § 446 Abs. 2 BGB., wonach der Gefahrübergang stattfindet mit dem Eigentumsübergang; auch das Recht auf die Nutzungen und die Pflicht zur Lastentragung ist in gleicher Weise geregelt.

Ist das Grundstück *vor* dem Eigentumsübergang, vor der Verkündung

des Zuschlags untergegangen, so liegt hier ein Fall der unmöglichen Leistung nach § 306 BGB. vor. Ist dem Vollstreckungsgericht der Untergang bekannt, so darf der Zuschlag natürlich nicht erfolgen, denn es ist unzulässig, einen Vertrag zur Entstehung zu bringen, der eine Leistung voraussetzt, welche nicht gemacht werden kann. Erfolgt der Zuschlag, so ist er ebenso nichtig wie die Versteigerung einer nicht existierenden Sache sein würde. Ist der Subhastationsgegenstand nur teilweise untergegangen, so ist es Tatfrage, ob man wegen dieser Teilunmöglichkeit den ganzen mit dem Zuschlag abgeschlossenen Vertrag für ungültig zu erklären (§ 139 BGB.), ob man ihn nur teilweise für ungültig zu erklären, oder ob man darin überhaupt nicht einen teilweisen Untergang, sondern nur eine Verschlechterung des Grundstückes zu erblicken hat (wie Fischer-Schäfer Anm. 1a zu § 56 wollen), welche die Gültigkeit des Vertrags nicht berührt, sondern dem Ersteher zur Last fällt[1]). — —

§ 58 i. Verb. m. § 81 Abs. 1 ZVG. legt die Kosten des Beschlusses, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, also der Eigentumsverschaffung an dem Grundstück, dem Ersteher, dem Meistbietenden auf, gerade so wie nach § 449 BGB. der Käufer eines Grundstückes die Kosten der Auflassung und Eintragung zu übernehmen hat. — —

Alle diese Einzelvorschriften sind Ausstrahlungen des ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes, daß durch den Zuschlag ein Veräußerungsvertrag zustande kommt, der unbeschadet der Rechte der Realgläubiger für und gegen den Schuldner wirkt (Rothenberg S. 280). Der Abschluß des Zwangsversteigerungsgeschäftes vollzieht sich in derselben Weise wie bei der freiwilligen Versteigerung nach § 156 BGB. und bei der Versteigerung beweglicher Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 817 Abs. 1 ZPO., d. h. — wie oben S. 7 gezeigt — das Gebot des Bieters charakterisiert sich als Antrag zur Schließung des Vertrages (§ 145 BGB.), und der Zuschlag enthält dessen Annahme, sodaß der Vertrag durch den Zuschlag zustande kommt (§ 156 BGB.). Der Beschluß, durch welchen das Grundstück dem Ersteher für das Meistgebot unter den anzugebenden Versteigerungsbedingungen zugeschlagen wird (§ 82 ZVG.), hat freilich

---

[1]) Man denke einerseits an die Versteigerung eines Fabrikgrundstückes, auf welchem die Fabrikräume, eines Hausgrundstückes, auf welchem die Wohngebäude niedergebrannt sind, und andererseits an die Versteigerung eines Gartengrundstückes, auf welchem das Gartenhaus abgebrannt ist. — Nach Fischer-Schäfer (a. a. O.) und Kretzschmar (S. 111) erwirbt in letzterem Falle der Ersteher als Entgelt für seinen Schaden den an die Stelle des zerstörten Gegenstandes tretenden Anspruch auf die Versicherungssumme (bestritten!).

einen prozessualen Charakter, ist eine richterliche Entscheidung; aber daneben hat er einen materiell rechtlichen Inhalt, nämlich die für den Schuldner erklärte Annahme des Meistgebots und Übertragung des Eigentums auf den Ersteher, beides rechtsgeschäftliche Erklärungen, die in einer prozessualen Handlung, einer richterlichen Entscheidung ihren formellen Ausdruck finden (Rothenberg S. 268). — —

Eine wesentliche Abweichung von den Vorschriften des BGB. enthält freilich der § 90 ZVG., indem er den Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstücks werden läßt und zwar selbst dann, wenn er weiß, daß der Schuldner nicht der Eigentümer ist. — Hier kommt es also merkwürdigerweise auf die bona oder mala fides des Erstehers gar nicht an. Das ist allgemein anerkannt und in vielfachen Entscheidungen des Reichsgerichts bestätigt (vgl. ERG. 45, 284; bei Gruchot 34, 1102; 35, 705; 41, 1033 und 1036; preuß. Just.-Min.-Bl. 1890 S. 259; JW. 1894 S. 381 Nr. 65; 1900 S. 283 Nr. 30; S. 284 Nr. 31; S. 452 Nr. 35; S. 480 Nr. 34; Seuff. Arch. 55 Nr. 131) im Gegensatz zu den Vorschriften des BGB., nach welchen ein Nichteigentümer ein Grundstück an einen unredlichen Erwerber nicht rechtswirksam veräußern kann. Diese Abweichung hat ihren Grund in der Vorschrift des § 37 Nr. 5 ZVG., wonach der Ersteher das Grundstück in dem Umfange erwirbt, in welchem es zum Gegenstand der Versteigerung und des Zuschlags gemacht ist, ohne jede dingliche Rücksicht auf Rechte Dritter. Ist ein Dritter und nicht der Schuldner Eigentümer des zugeschlagenen Grundstücks gewesen, so wird für den bisherigen Eigentümer der in § 37 Nr. 5 angedrohte Rechtsnachteil des Eigentumsverlustes verwirklicht. Über den Zweck und inneren Grund wird in den Motiven (S. 258) bemerkt: „Mit dem Eigentumserwerb des Erstehers ist natürlich das bisherige Eigentum eines anderen unverträglich . . . . . Diese Wirkung des Zuschlags ist freilich den meisten Landesgesetzen gegenüber neu. Sie steht aber mit dem preußischen Gesetz im Einklange und verbürgt die Erzielung angemessener Gebote bei der Versteigerung, weil sie den Ersteher gegen jede Anfechtung seines Erwerbes sicher stellt. Der Fall einer Gewährleistung wegen Mängel im Rechte kann demnach nicht vorkommen".

Diese zu den Bestimmungen des BGB. im Gegensatz stehende Vorschrift ist also begründet und berechtigt durch die besondere Art des Zwangsversteigerungsverkaufes; sie soll jede Haftung für Rechtsmängel des Schuldners unterbinden, den Ersteher sichern dagegen, daß ihm sein Rechtserwerb von dritter Seite streitig gemacht werden könnte und auf diese Weise dazu beitragen, den Zweck der Versteigerung zu erreichen: Schaffung eines möglichst

großen Kreises von Kauflustigen und Erhöhung des Reizes zum Bieten. — Da der Übergang auch des einem Dritten zustehenden Eigentums auf den Ersteher eine Folge der Vorschrift des § 37 Nr. 5 ZVG. ist, so tritt die Folge nicht ein, wenn bei der Bekanntmachung des Versteigerungstermins der Rechtsnachteil des § 37 Nr. 5 nicht angedroht worden ist. Demnach wird durch die Vorschrift des § 90 ZVG. die Vertragsnatur des bei der Zwangsversteigerung abgeschlossenen Geschäftes noch nicht aus der Welt geschafft. Sie weist vielmehr nur darauf hin, daß der Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung Eigentümlichkeiten hat gegenüber dem gewöhnlichen Kauf, denen das Gesetz in seinen Vorschriften Rechnung trägt.

C. Oben (S. 21) wurde gesagt: Der Zuschlagsbeschluß enthalte die für den Schuldner erklärte Annahme des Meistgebots und Übertragung des Eigentums auf den Ersteher. Daraus ist zu schließen auf die rechtliche Stellung des Richters als eines Vertreters des Schuldners. Somit kommen wir zu sprechen auf den Trumpf der Amtstheorie: Es fehle vor allen Dingen an einer Person, welche im privatrechtlichen Sinn als Veräußerer und Verkäufer angesehen werden könne (Fischer-Schäfer 1. Aufl. Einl. § 8).

Im folgenden soll untersucht werden, was richtiges an dieser Behauptung ist.

Die Vertragstheorie sagt: Veräußerer und Verkäufer bei dem Immobiliar-Zwangsversteigerungsgeschäft sei der Schuldner, der Subhastat; da er selbst nicht handeln könne, werde er ersetzt durch das Versteigerungsorgan, den Richter. Sein eigener Veräußerungswille, der naturgemäß nicht in Frage komme, werde ersetzt durch den im Zuschlag zu Tage tretenden Willen des Versteigerungsorgans in ähnlicher Weise wie z. B. der Wille eines Geschäftsunfähigen durch den seines gesetzlichen Vertreters.

Es fragt sich zunächst und vor allem: Ist diese Vorstellung, daß das Versteigerungsorgan, der Richter, in Vertretung einer Partei handelt, verträglich mit seiner Eigenschaft als Beamter? — Um hierauf antworten zu können, gehen wir zunächst über zur Betrachtung der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers im Mobiliar-Zwangsversteigerungsverfahren, über welche in gleicher Weise Streit gewesen ist (vgl. Falkmann S. 284, 285 Anm. 7 und 8), wie über unsere gegenwärtige Frage und über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters im Konkursverfahren.

Da es wohl nicht möglich ist, neue Gründe für oder gegen die eine oder die andere Ansicht zu finden, so mag hier verwiesen werden auf Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Er sagt S. 28:

Die Einen betrachten den Gerichtsvollzieher ausschließlich als Be-

amten, der innerhalb seines scharf begrenzten, amtlichen Wirkungskreises der Partei lediglich als Organ der staatlichen Zwangsgewalt gegenüberstehe, die Anderen erklären das Verhältnis zwischen Partei und Gerichtsvollzieher als ein privatrechtliches, das den Grundsätzen des Mandats unterliege, wobei erst in zweiter, sekundärer Linie die Stellung des Gerichtsvollziehers als Beamter in Betracht komme. Das Reichsgericht hat sich in seiner Plenarentscheidung vom 10. 6. 1886 (Bd. 16 S. 396 ff.) mit Recht auf letzteren Standpunkt gestellt und somit bei dem Ansehen seiner Urteilssprüche die Streitfrage wenigstens für die Praxis zu Gunsten der Mandatstheorie erledigt.

Rottmann erklärt ebenfalls diesen Standpunkt für den richtigen, wenngleich — wie er sagt — etwas neues an Gründen dafür sich kaum hinzufügen lasse, weil die Gründe für und wider bereits erschöpfend behandelt seien. Auch uns scheint diese Ansicht die rechte zu sein aus folgender Erwägung heraus:

Weil der Staat die Eigenmacht verboten hat und daher *sein* Zwangsrecht zur Verfügung der Rechtssubjekte halten muß, um diesen zu ermöglichen, ihre Rechte zu verwirklichen, aus diesem Grunde hat der Staat die Zwangsvollstreckung in die Hände staatlicher Beamten gelegt (Wach S. 318 ff.). Wendet sich nun der Gläubiger mit seinem Auftrag zur Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher, so bedeutet das, daß er sein Recht durch die ihm vom Staat zur Verfügung gestellten Zwangsorgane verwirklichen will. Und wenn der Gerichtsvollzieher den Weisungen des Gläubigers nachkommen *muß* (§ 753 ZPO.), so handelt er tatsächlich in Diensten des Gläubigers unbeschadet seiner Stellung als Beamter (vgl. Gaupp-Stein Bem. II zu § 814). Diese nebensächliche, erst in zweiter Linie in Betracht zu ziehende Stellung ist für den Abschluß des obligatorischen Geschäftes ohne Bedeutung (vgl. Gaupp-Stein a. a. O.). Es erhellt daraus, daß 1) Verkäufer bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der betreibende Gläubiger ist, welcher vertreten wird durch den Gerichtsvollzieher[1]), und 2) daß es mit der Stellung eines Staatsbeamten wohl

[1]) Wohl liegt es nahe, wie bei der Immobiliarexekution, so auch hier den Schuldner als den vertretenen Verkäufer anzusehen. Allein da durch die Pfändung ein Pfandrecht im Sinne des BGB. entsteht (vgl. Falkmann S. 620), so muß, wie beim Pfandverkauf der Pfandgläubiger, so bei der Versteigerung der Pfändungsgläubiger als Verkäufer gelten. Das ist auch die Ansicht sämtlicher Anhänger der Vertretertheorie (vgl. Falkmann S. 284 ff.; Dunkhase Arch. Ziv. Prax. 77, 100 ff.; Jastrow Arch. Ziv. Prax. 68, 358 ff.; Rosenberg S. 249). Die andere mögliche Ansicht dagegen findet sich nirgends in der Literatur vertreten und bedarf darum auch hier nicht näherer Erörterung.

vereinbar ist, wenn man einzelne seiner Handlungen nicht nur für Äußerungen staatlichen Willens erklärt, sondern sie und ihre rechtlichen Wirkungen auch den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unterwirft.

Das Reichsgericht hat sich — wie gesagt — auf denselben Standpunkt gestellt (vgl. ERG. 16, 396; 43, 180; 56, 90). Früher hat es den entsprechenden Standpunkt auch für das Gebiet der Immobiliar-Zwangsvollstreckung geteilt (vgl. ERG. 3, 309; 7, 270; 17, 287; 19, 325; insbesondere 43, 340; 49, 236). Nachdem aber die Amtstheorie die herrschende geworden und von Männern der Wissenschaft wie Krech-Fischer, später von Fischer-Schäfer eine so scharfe Fehde gegen die Vertragstheorie eröffnet wurde, hat es sich — gleich wie Jaeckel, der noch in seinem Kommentar zum preuß. Zwangsversteigerungsgesetz die Vertragstheorie lehrte — auch der neuen Theorie zugewandt (vgl. ERG. 60, 54).

Demgegenüber muß jedoch gesagt werden: Wenn das Reichsgericht es mit der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers als eines mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Beamten für vereinbar erklärt hat, daß seinen Amtshandlungen privatrechtliche Elemente beigemischt sind, so könnte es eigentlich folgerichtig nicht zu einer Verwerfung der Vertragstheorie im Immobiliar-Zwangsvollstreckungsverfahren kommen. Das trifft jedenfalls soweit zu, als die Vertreterstellung des Richters deshalb für unmöglich erklärt wird, weil sie sich nicht mit seiner Eigenschaft als staatlicher Beamter vertrüge. Etwas anderes wäre es natürlich, wenn die Gründe für die Amtstheorie aus dem ZVG. selbst abzuleiten wären. Daß man auf den ersten Blick bei dem Zuschlag des Gerichtsvollziehers eher dazu kommt zu sagen, er geschieht in Vertretung des betreibenden Gläubigers, als bei dem Zuschlag des Richters, der ohne, ja oft gegen den Willen des Vertretenen erteilt wird, mag gern zugegeben werden. Doch hier ist zu beachten, daß eine Vertretung nicht immer Interessenvertretung zu sein braucht. Der Richter ist unabhängig von dem Willen des Subhastaten, denn er ist ja nicht sein Bevollmächtigter, sondern sein gesetzlicher Vertreter. „Die Vertretungsmacht beruht hier auf Gesetz, d. h. sie ist kraft Gesetzes mit einer bestimmten Stellung verbunden" (Planck Vorbem. 2 zu §§ 164ff. BGB.). Es handelt sich hier um einen der von Dernburg Bd. I § 162 III erwähnten Fälle, in welchen kraft Gesetzes jemandem eine Vertretungsmacht zusteht, ohne daß er den Namen eines gesetzlichen Vertreters hat. Kraft gesetzlicher Pflicht übt der Richter wie jeder andere gesetzliche Vertreter fremde Rechte aus. Die von ihm im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgegebenen Willenserklärungen wirken unmittelbar für und gegen den vertretenen Subhastaten (§ 164 BGB.). — Als Vertreter

des Schuldners ist der Richter auch zur Empfangnahme des vom Ersteher zu zahlenden Erlöses legitimiert, daher erfolgt nach § 107 Abs. 2 ZVG. die von dem Ersteher im Verteilungstermin zu leistende Zahlung an das Gericht.

Wolff, der entschiedenste Verfechter der Vertragstheorie, ist freilich der Ansicht, daß der Richter nicht als Vertreter des Schuldners aufzufassen sei. Er sagt in § 90 Anm. 1: „Der Schuldner ist der Verkäufer, nicht die Gesamtheit der Interessenten. Zustande kommt jetzt der Kaufakt nicht mit dem Abschluß des Versteigerungsgeschäftes, sondern (§ 156 BGB.) mit dem Zuschlag. Den Zuschlag erteilt der Richter, nicht als Vertreter des Schuldners, sondern indem er dessen Zustimmung ebenso wie der Vormundschaftsrichter die nach § 1358 BGB. erforderliche Genehmigung eines anderen kraft gesetzlicher Befugnis ersetzt".

D. Es ist unnötig, hier darüber zu rechten, in welcher Eigenschaft der Richter den Zuschlag erteilt; man mag ihn als Vertreter des Subhastaten auffassen oder nicht, das bleibt ohne Einfluß auf das Ergebnis unserer Untersuchung, welche nur darauf hinausging zu zeigen, daß dem in der Zwangsversteigerung erfolgenden Eigentumsumsatz ein Rechtsgeschäft neben allem anderen zugrunde liegt (vgl. Falkmann S. 718) und daß die Möglichkeit gegeben ist, von einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung zu sprechen. Auch ist es schließlich unerheblich, ob man die Versteigerung für einen eigenartigen Vertrag selbst hält, oder nur für die Einleitungsform zu einem solchen, für eine Vorverhandlung, deren Eigentümlichkeit nicht in einer eigenen Obligation besteht, die sie hervorruft, sondern bloß in der besonderen Art, in der sie die allgemeinen Grundsätze über Vertragsverhandlungen in einer dem Interesse des Versteigerers dienenden Weise zur Anwendung bringt (wie Rösen S. 7; Lungstras S. 60, 68). Im Ergebnis stellen wir fest, daß, wie die Zwangsversteigerung im gemeinen und preußischen Recht den Charakter eines Kaufgeschäftes trug, wie das preußische Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 (dessen Geltung noch jetzt fortdauert) in der Nr. 32 des Tarifs den Erwerb in der Zwangsversteigerung als einen Erwerb durch Kaufkontrakt auffaßt (Heinitz Komm. zum Stempelsteuergesetz 2. Aufl. S. 428), daß so auch nach Reichsrecht auf die Zwangsversteigerung die Regeln des BGB. über den Kauf zur Anwendung kommen.

Zu einem ganz verwandten Ende kommen selbst einige unserer Gegner. So Fischer-Schäfer in § 8 der Einleitung (1. Aufl.), wenn er schließlich sagt: „Damit ist nun aber sehr wohl vereinbar, daß die Rechtsstellung des Erstehers in gewissem Umfange die eines Käufers ist", und dann

weiter betont, daß das Gesetz mit dem Zuschlage zum Teil die gleichen Wirkungen wie bei einem Kaufvertrage verbinde. Ebenso Förster-Eccius S. 127: „Der Hergang bei der Zwangsversteigerung ist nicht der eines Privatrechtsgeschäftes, aber das Rechtsverhältnis, das durch das Zuschlagsurteil geschaffen wird, ist, obgleich nicht aus einem Kaufvertrage hervorgegangen, nach den Grundsätzen vom Kauf zu beurteilen". Ähnlich spricht sich Dernburg aus (Preuß. Privatrecht Bd. I § 343).

Die Gleichartigkeit des durch Versteigerung zustande gekommenen Vertrags mit dem ohne diese Form abgeschlossenen Geschäft tritt — abgesehen von dem wirtschaftlichen Zweck beider: veräußerliche Güter gegen Geld umzusetzen — namentlich bei der Erfüllung hervor. Das zeigt sich einmal bei der Verbindlichkeit des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises. Bei der Zwangsversteigerung muß die Zahlung des Kaufpreises zwar sofort (§ 817 Abs. 2 ZPO.) oder spätestens im Verteilungstermin erfolgen (§ 49 ZVG), (auch bei kleineren Versteigerungen ist bare Bezahlung die Regel, §§ 1238, 1239 Abs. 2 BGB.), im übrigen aber bestimmt sich Zeit und Ort der Zahlung nach den gewöhnlichen Regeln. Wie beim Kaufvertrag die Forderung auf Zahlung des Preises dem zusteht, welcher das Eigentum hergegeben hat, so ist bei der Zwangsversteigerung forderungsberechtigt der Schuldner bezw. derjenige, welchem das Eigentum durch den Zuschlag genommen ist[1]). Ebenso regelt sich auch die Verpflichtung des Verkäufers, des Versteigerers, zur Leistung des Kaufgegenstandes nach den allgemeinen Grundsätzen. Auf beiden Seiten erzeugt die Zwangsversteigerung Verpflichtungen[2]).

Zusammenfassend können wir sagen:

1) Der Kauf bezweckt den Umsatz von Gut gegen Geld — die Zwangsversteigerung ebenfalls.

2) Der Kauf ist ein Vertrag, der auf beiden Seiten Verpflichtungen erzeugt — die Zwangsversteigerung hat ebenfalls diese Wirkung.

3) Von den Verpflichtungen des Käufers ist für den Begriff des Kaufes wesentlich nur die Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB.)[3]) — diese wesentliche Verpflichtung hat auch das ZVG. übernommen und zwar ausdrücklich.

4) Bei den Verpflichtungen des Verkäufers hat das ZVG. dem gewöhnlichen Kauf des BGB. gegenüber freilich Ausnahmebestimmungen getroffen. Da das Eigentum mit dem Zuschlag als der Perfektion des

[1]) Vgl. oben S. 15.

[2]) Nähere Ausführungen darüber finden sich in Kapitel 3.

[3]) Vgl. unten S. 47.

Vertrages bereits übergeht und eine Gewährleistung sowohl für Sachmängel als auch für Mängel im Recht durch § 56 ZVG. ausgeschlossen ist, sind Ansprüche insoweit gegen den Subhastaten nicht gegeben. Diese Ausnahmebestimmungen ändern aber nichts an dem Vertragscharakter der Zwangsversteigerung.

Also kommt bei der Zwangsversteigerung ein Rechtsgeschäft zustande, über dessen Wesen wir uns im Vorstehenden verbreitet haben. Dieses in der Zwangsversteigerung abgeschlossene Rechtsgeschäft paßt unter den Begriff des Kaufes, und man kann folgerichtig sprechen von einem „Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung".

E. Die Folge der vertraglichen Natur der Zwangsversteigerung ist in der Hauptsache, daß der in Form der Versteigerung zustande gekommene Vertrag nach denjenigen Grundsätzen zu beurteilen ist, denen er dieser seiner materiellen Natur nach unterworfen ist. Danach ergibt sich:

1) Der Zuschlag ist zu versagen, wenn das Rechtsgeschäft, welches durch ihn zum Abschluß kommen soll, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde (§ 134 BGB.).

2) Es besteht ein Rechtsnachfolgeverhältnis (§§ 266 ZPO., 943 BGB.) zwischen dem Schuldner und dem Ersteher. Infolge davon wird im Falle einer Ersitzung nach den §§ 937, 943 BGB. dem Ersteher der Besitz des Schuldners angerechnet hinsichtlich solcher beweglichen Sachen, auf die sich die Beschlagnahme der §§ 51, 21 ZVG. nicht erstreckt, die der Ersteher aber als vermeintliche Zubehörstücke in Eigenbesitz genommen hat (Wolff Anm. 1 zu § 90).

3) Die gegenseitigen Verpflichtungen sind nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen, soweit sich nicht aus der ZPO. oder dem ZVG. Abweichungen ergeben.

4) In zivilprozessualer Hinsicht folgt aus der oben bestimmten Natur der Zwangsversteigerung, was Rothenburg S. 280 hervorhebt:

Da dem Richter als kraft seines Amtes berufenen Vertreter des Schuldners die Empfangnahme des Erlöses und dessen Verteilung an die Hebungsberechtigten, sowie Herauszahlung des etwaigen Überschusses an den Schuldner obliegt, so ist, soweit es sich um die Zwangsvollstreckung in einen dem Hebungsberechtigten oder dem Schuldner zustehenden Anspruch auf Zahlung eines Anteils am Erlöse handelt, der Richter als Drittschuldner im Sinn des § 829 ZPO. anzusehen und ihm der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zuzustellen (Wolff Anm. 3 zu § 107). Die abweichende Ansicht von Fischer-Schäfer (Anm. 1b zu § 92), wonach im vorliegenden Fall ein Drittschuldner nicht vorhanden ist und deshalb gemäß § 857 Abs. 2 ZPO.

die Pfändung des Rechts auf Befriedigung aus dem Erlöse durch Zustellung des Verfügungsverbots an den Hebungsberechtigten bewirkt wird, verkennt, daß der Richter nicht bloß kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit, sondern auch in privatrechtlicher Funktion als Vertreter des Schuldners den Erlös in Empfang zu nehmen und zu verteilen hat.

Kapitel 2.

Abweichungen des Kaufs im Wege der Zwangsvollstreckung vom gewöhnlichen Kauf.

I.

Es soll zunächst untersucht werden, welcher Unterschied hinsichtlich dessen besteht, was in der Zwangsvollstreckung gekauft werden kann im Verhältnis zum gewöhnlichen Kauf.

Gegenstand des regelrechten zivilen Kaufvertrags können jedwede veräußerlichen Dinge, alle nur möglichen Vermögenswerte sein (§ 433 BGB.), also

1) Sachen — bewegliche wie unbewegliche — gegenwärtige wie zukünftige (beim Verkauf künftiger Sachen ist zu scheiden zwischen emptio rei speratae und emptio spei!) — eigene Sachen des Käufers wie fremde des Verkäufers (bestritten! vgl. Endemann § 260, 3; Bechmann § 125; doch s. für besondere Fälle § 1239 Abs. 1 BGB., § 68 Abs. 3 ZVG.) — Gattungs- (§ 243 BGB.) und Speciessachen.

2) Rechte, soweit sie veräußerlich und übertragbar sind: Forderungsrechte, dingliche Nutzungsrechte, Patentrechte, Bergwerkseigentum, sonstige selbständige Gerechtigkeiten, auch künftige Rechte (ERG. 55, 334; 67, 166; 74, 418).

Alle diese hier genannten Sachen und Rechte können auch Kaufobjekte der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen sein mit Ausnahme dessen, was die §§ 811, 850 ZPO. an Sachen und Ansprüchen als unpfändbar bezeichnen.

Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen dagegen unterliegen nach § 864 Abs. 1 ZPO. außer den Grundstücken nur die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe.

1) Die Grundstücke. In einen Bruchteil eines Grundstücks ist die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn er der Anteil eines Miteigentümers ist, oder wenn der Anspruch des Gläubigers auf einem Rechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast) beruht, mit dem der Bruchteil als solcher belastet ist (§ 864 Abs. 2 ZPO.; §§ 1106, 1114, 1192, 1199 BGB.). Die Liegenschaftsvollstreckung ergreift auch die an sich zum beweglichen Vermögen gehörigen Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken und liegenschaftlichen Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht erstreckt (§ 865 Abs. 1 ZPO.; s. §§ 1120 – 1130, 1265 BGB.). Hierher gehören: a) das Zubehör (s. §§ 97, 98 BGB.; 478 HGB.), soweit es im Eigentum des Eigentümers des Grundstückes oder des Schiffes steht (§§ 1120, 1265 BGB.), b) die von dem Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie mit der Trennung in das Eigentum des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstückes fallen und solange sie nicht von dem Grundstück entfernt sind (§§ 1120 – 1122 BGB.), c) falls das Grundstück vermietet oder verpachtet ist, die Miet- und Pachtzinsforderung (§§ 1123 – 1125 BGB.), d) die mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenen Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen (§ 1126 BGB.), wie z. B. Ansprüche auf eine Überbau- oder Notwegrente nach den §§ 912 ff., 917 BGB. oder Ansprüche aus sog. subjektiv dinglichen Reallasten, e) falls der Hypothek unterliegende Gegenstände für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstückes versichert sind, die Forderung gegen den Versicherer (§§ 1127 bis 1130 BGB.).

Soweit solche Gegenstände Zubehör sind, unterliegen sie überhaupt keiner selbständigen Zwangsvollstreckung, sondern nur der Immobiliar-Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Hauptsache. Im übrigen unterliegen sie auch einer selbständigen Zwangsvollstreckung durch Pfändung, jedoch nur, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (§ 865 Abs. 2 ZPO.).

2) In der gleichen Weise wie Grundstücke unterliegen der Immobiliar-Zwangsvollstreckung die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (sog. grundstücksgleiche Rechte). Besteht doch gerade das Wesen solcher Berechtigungen darin, daß sie im Rechtsverkehr wie Grundstücke behandelt werden, z. B. ein besonderes Blatt im Grundbuch erhalten. Es findet also bei diesen Rechten die Zwangsvollstreckung nicht nur in das ganze Recht, sondern unter den Voraussetzungen des § 864 Abs. 2 ZPO. auch in einen Bruchteil des Rechtes statt. — Das BGB. hat nur ein einziges Recht dieser Art geschaffen, nämlich das

Erbbaurecht (§ 1017 BGB., § 7 GBO.); landesrechtlich gehören hierher die Rechte, die auf dem Vorbehalte im EG. zum BGB. Art. 63, 67, 68, 196 beruhen, vor allem die Bergbaurechte und Abbaurechte.

3) Endlich bilden den Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe. Der Grund hierfür ist der, daß derartige Schiffe gewöhnlich einen erheblichen Wert darstellen, und daß bei ihrer Zwangsvollstreckung gewöhnlich eine größere Anzahl von Beteiligten in Frage kommt. Dazu tritt, daß für sie in dem Schiffsregister eine ähnliche Grundlage vorhanden ist, wie sie für Grundstücke das Grundbuch bildet. Das Schiff muß in dem Schiffsregister eingetragen sein; nur für ausländische Schiffe läßt § 171 ZVG. eine Ausnahme hiervon zu.

4) Nicht zu dem Gebiete der Immobiliar-Zwangsvollstreckung gehört an sich die Vollstreckung in einen Anspruch des Schuldners auf die Herausgabe eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffes; sie geschieht vielmehr als Vollstreckung in bewegliches Vermögen durch Pfändung des Anspruches und Überweisung an den Gläubiger zur Einziehung. Dieser kann aber nur die Herausgabe an einen Sequester verlangen, und ist sie an diesen erfolgt, so geschieht nun die Zwangsvollstreckung in das herausgegebene Grundstück oder Schiff in Gestalt der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§ 848 ZPO.).

5) Während es bestritten ist, ob sonst der Kauf einer dem Käufer bereits gehörenden Sache gültig sei, und viele dieses Geschäft nach § 306 BGB. für nichtig erklären (z. B. Bechmann § 125; Endemann § 260, 3; Düringer-Hachenburg Bd. III S. 4), weil die Hauptverpflichtung des Verkäufers, die Eigentumsverschaffung, objektiv unmöglich sei, ist es hingegen unbestritten, daß sowohl in der Mobiliar- als auch in der Immobiliar-Zwangsversteigerung der Schuldner seine eigene Sache kaufen kann; bei der Versteigerung einer Pfandsache durch den Pfandgläubiger ist es dem Eigentümer derselben gestattet, mitzubieten; und nicht anders ist es bei der Zwangsversteigerung (§ 1239 Abs. 1 BGB., § 68 Abs. 3 ZVG.; vgl. § 373 HGB.). Hier hat ja auch der Kauf einen vernünftigen, nicht unerlaubten Zweck (Dernburg Bürg. Recht Bd. II S. 9), nämlich den, die Befreiung von der Beschlagnahme und etwaigen erlöschenden Rechten herbeizuführen [1]).

6) Das Zwangsversteigerungsgesetz und die Zivilprozeßordnung finden keine Anwendung auf Gegenstände, welche einem deutschen Landesherrn,

[1]) Vgl. oben S. 13.

dem Mitglied einer landesherrlichen Familie oder einer den landesherrlichen Familien hinsichtlich der Anwendung des bürgerlichen und Prozeßrechts gleichgestellten Familie gehören, ferner nicht auf die Güter der vormals reichsständischen seit 1806 mittelbaren Familien, auf Familienfideikomisse, Lehen und Stammgüter, endlich nicht auf Gegenstände des Bergrechts, insoweit die Landes- oder Hausgesetze besondere Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen enthalten (EG. z. BGB. Art. 57–59; 67; EG. z. ZVG. § 2; EG. z. ZPO. § 5; EG. z. GVG. § 5; RG. vom 25. 3. 1904 betr. die Rechtsstellung des herzoglich holsteinischen Fürstenhauses).

II.

An eine **Form** ist im allgemeinen weder der bürgerlich-rechtliche Kaufvertrag, noch der handelsrechtliche gebunden. Es genügt jedwede Erklärung

auf der einen Seite: die Sache gegen Entgelt abnehmen zu wollen — „Kaufsangebot" —, auf der anderen Seite: sie gegen Entgelt übereignen zu wollen — „Verkaufsangebot".

Diese Erklärungen können sowohl mündlich wie schriftlich, ja sogar stillschweigend durch Handlungen geschehen. Auch bei dem Verkauf eines Rechts, insbesondere einer Forderung ist eine Form nicht vorgeschrieben. Formlos erfolgt selbst der Verkauf von Ordrepapieren, insbesondere Wechseln. Das Indossieren ist schon Vollzug des Kaufvertrages, die Ausführung des dinglichen Vertrages. Dasselbe gilt von dem Verkauf von Namensaktien.

Die Parteien können selbstverständlich besonders eine Form vereinbaren, so z. B., daß der Kauf schriftlich aufgesetzt werden solle. Dann kommt er im Zweifel erst durch die schriftliche Errichtung zustande (§ 154 Abs. 2 BGB.). In solchem Falle werden vor der endgültigen schriftlichen Festlegung Vorbesprechungen gepflogen werden. Diese sind im Zweifel nicht als bindend anzusehen, sondern nur das, was schließlich schriftlich niedergelegt worden ist.

Gesetzlich festgelegte Formen gibt es nur für Kaufverträge 1) über das gegenwärtige Vermögen des Verkäufers (§ 311), 2) über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil unter zukünftigen gesetzlichen Erben (§ 312 Abs. 2), 3) über Grundstücke (§ 313), 4) für den Erbschaftskauf (§ 2371) und 5) für den Verkauf eines Gesellschaftsanteils bei den Gesell-

schaften mit beschränkter Haftung (§ 15 Ges. betr. GmbH), sowie 6) für den Pfandverkauf (§§ 1233 ff.).

In ganz anderen bis in alle Kleinigkeiten festgelegten Formen vollzieht sich der Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung.

Für die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen sind diese Formvorschriften enthalten in den §§ 816, 817 ff., 820, 821, 824 ff. ZPO. Nur die wesentlichsten unter ihnen seien hervorgehoben. § 816 Abs. 1 lautet:

> Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung der zu versteigernden Sachen abzuwenden oder um unverhältnismäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden. — (vgl. § 1234 BGB.)

Die vorzeitige oder verspätete Versteigerung ist freilich wirksam, jedoch haftet der Gerichtsvollzieher für etwaigen Schaden (RG. bei Gruchot Bd. 34 S. 499; KG. Rsp. 2, 77; Seuffert Anm. 4 zu § 816). Dasselbe gilt von der Vorschrift des § 816 Abs. 2:

> Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen,

wenn der Gerichtsvollzieher die Versteigerung an einem anderen als dem vorgeschriebenen Orte vorgenommen hat. Auch die Vorschrift des § 816 Abs. 3:

> Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen

hat im Falle ihrer Verletzung Unwirksamkeit der Versteigerung nicht zur Folge (Gaupp-Stein Anm. II, Seuffert Anm. 4, Struckmann-Koch Anm. 1 z. § 816). Die Art und Weise der Bekanntmachung unterliegt dem Ermessen des Gerichtsvollziehers, soweit nicht die Dienstanweisungen nähere Bestimmungen enthalten[1]). Im Fall des § 824 (Versteigerung gepfändeter, vom Boden noch nicht getrennter Früchte) soll der Termin nicht eher bestimmt werden, als bis die Tatsache der Reife feststeht. Bei Beginn des Termins sind die Versteigerungsbedingungen bekanntzugeben (Sollvorschrift). Allgemeine Versteigerungsbedingungen sind durch das Gesetz für die Abgabe von Geboten und den Zuschlag, für die Voraussetzung der

[1]) vgl. preuß. Gesch. Anw. § 65, bayr. § 113, württ. § 68, sächs. § 1663, bad. §§ 160 ff.

Ablieferung und die Folgen des Verzugs in der Entgegennahme der versteigerten Sache, besondere Bedingungen für den Zuschlag von Gold- und Silbersachen aufgestellt (§§ 817, 820); daneben kann der Gerichtsvollzieher noch besondere Versteigerungsbedingungen aufstellen, welche nur für den einzelnen Termin gelten (arg. § 817 Abs. 3).

Die Sachen werden unter Aufforderung zum Bieten einzeln oder gruppenweise (z. B. ein Eßbesteck) aufgerufen. – Ein Gebot des Eigentümers, und, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet, ein Gebot des Schuldners, kann zurückgewiesen werden, wenn nicht der angebotene Betrag bar erlegt wird (§§ 816 Abs. 4, 817 Abs. 1 ZPO; §§ 156, 1239 BGB.). Dagegen darf der Gerichtsvollzieher und sein Gehülfe, sowie die gemäß § 825 anstatt des Gerichtsvollziehers bestellte Person nicht mitbieten (§ 456 BGB)[1]). – Die Ablieferung der zugeschlagenen Sache darf nur gegen bare Zahlung geschehen (§ 817 Abs. 2)[2]). – Eine für die Gültigkeit des Aktes unerhebliche Ordnungsvorschrift ist die Forderung des dreimaligen Aufrufs. Das wird außer Zweifel gestellt durch die Fassung des § 817 Abs. 1: „Dem Zuschlag an den Meistbietenden soll ein dreimaliger Aufruf vorausgehen", welche nicht ohne Absicht von der früheren – „der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe" – abweicht.

Die Formvorschriften für den Immobiliarzwangsvollstreckungskauf sind enthalten in den §§ 66 ff. ZVG.

§ 66 regelt den Gang des Versteigerungstermins bis zur richterlichen Aufforderung zur Abgabe von Geboten (1. Terminabschnitt). Er hebt die Hauptmomente hervor, welche bei der Versteigerung zu beachten sind. Doch sind nicht alle Erfordernisse so wesentlich, daß ihre Außerachtlassung die Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß begründen könnte. – Das Versteigerungsorgan hat Bericht zu geben über die Grundlagen des Verfahrens. Zu diesem Zweck werden die das Grundstück betreffenden Nachweisungen, die das Verfahren betreibenden Gläubiger und ihre Ansprüche, die Zeit der Beschlagnahme und die nach den §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 4, 45, 53 Abs. 2, 54 ZVG., § 8 EG. zum ZVG., § 325 Abs. 3 ZPO. erfolgten Anmeldungen bekanntgegeben. Hierauf erfolgt Feststellung des geringsten Gebots, die Entscheidung über Anträge auf ein Gesamtausgebot (s. §§ 18, 63 Abs. 2) und die Feststellung der Versteigerungsbedingungen. Nach dieser Verlesung weist das Versteigerungsorgan darauf hin, daß mit der nunmehr erfolgenden Aufforderung zur Abgabe von Geboten weitere Anmeldungen ausgeschlossen werden und fordert sodann zu Geboten auf.

[1]) vgl. unten S. 38, 39.
[2]) vgl. unten S. 41.

Die Fortsetzung des § 66 findet sich in § 73, der den Termin bis zum Schluß der Versteigerung behandelt (2. Terminabschnitt). Die Versteigerung darf nicht vor Ablauf einer Stunde seit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und nicht eher geschlossen werden, als bis trotz ausdrücklicher Aufforderung kein Gebot mehr abgegeben wird. Der Schluß der Versteigerung wird mündlich verkündet, nachdem das letzte Gebot dreimal aufgerufen ist.

Den inhaltlichen Schluß der §§ 66, 73 bildet der § 74, welcher die nach dem Schluß der Versteigerung abzugebenden Erklärungen der Beteiligten betrifft (3. Terminabschnitt). In diesen Abschnitt fällt auch die Entscheidung über den Zuschlag oder die Verkündung des hierzu anberaumten Termins (§ 87). Bei der Beschlußfassung über den Zuschlag ist das Versteigerungsorgan an eine Entscheidung, die es vorher getroffen hat, nicht gebunden; es darf aber die Vorgänge im Versteigerungstermin nur insoweit berücksichtigen, als sie aus dem Protokoll ersichtlich sind, und muß alle solche Vorgänge berücksichtigen (§§ 78 ff.).

Die §§ 67 bis 72 beziehen sich auf das eigentliche Bietungsgeschäft. Die Wirksamkeit eines jeden Gebots ist durch die Legitimation des Bieters (Vertretungsmacht, behördliche Genehmigung, Zustimmung von Zustimmungsberechtigten), durch die Einhaltung der Grenzen des geringsten Gebots und durch die erforderliche Sicherheitsleistung bedingt. Ein späteres Gebot muß außerdem das unmittelbar vorangehende übersteigen. Unwirksame Gebote werden zurückgewiesen. Ein wirksames Gebot erlischt durch ein wirksames Übergebot, durch Zurückweisung ohne sofortigen Widerspruch, durch Aufhebung des Termins und durch einstweilige Einstellung des Verfahrens, dagegen nicht durch eine andere Unterbrechung.

Die §§ 75 bis 77 beschäftigen sich mit besonderen Fällen:

Einstellung des Verfahrens wegen Zahlung an das Gericht, wegen Deckung des Gläubigers bei Versteigerung mehrerer Grundstücke, wegen Ergebnislosigkeit des Termins infolge Nichtabgabe von Geboten oder Erlöschens sämtlicher Gebote.

§ 78 gibt Vorschriften über die Protokollierung. Über Vorgänge im Versteigerungstermin hat das Versteigerungsorgan (das Gericht unter Zuziehung des Gerichtsschreibers) Protokoll zu führen. Im Protokoll sind die Namen der Erschienenen, Zeit und Ort der Verhandlung, sowie alle Vorgänge festzustellen, welche für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen. Wenn streitig bleibt, ob oder für welches Gebot der Zuschlag zu erteilen sei, so ist das Sachverhältnis mit den gestellten Anträgen in das Protokoll aufzunehmen.

Ebenso ist der Beschluß, durch welchen der Zuschlag erteilt oder versagt wird, und die Tatsache der Verkündung im Protokoll oder in einer Anlage zum Protokoll zu beurkunden (arg. § 160 Nr. 5 ZPO.).

III.

Inhalt des gewöhnlichen Kaufvertrages ist nur die *Verpflichtung* zur Übergabe und Eigentumsverschaffung einerseits, zur Abnahme und Bezahlung andererseits. *Nicht* Bestandteile des Kaufvertrages sind Übergabe und Eigentumsverschaffung, Abnahme und Bezahlung selbst, sie bilden die *Erfüllung* des Kaufvertrages. — Der Kauf ist ein obligatorisches Geschäft und die unmittelbaren Wirkungen des Geschäfts sind lediglich obligatorischer Natur.

Nach denselben Grundsätzen, unter entsprechender Anwendung der Normen des BGB. über den Kaufvertrag ist der Inhalt der Zwangsversteigerung bei der Vollstreckung in *bewegliche* Sachen zu beurteilen.

Der Zuschlag nach § 817 ZPO. allein bewirkt nicht (wie eine gerichtliche Adjudikation oder Übergangserklärung, s. unten) den Übergang des Eigentums, auch dann nicht, wenn der Gerichtsvollzieher dem Ersteher die Besitzergreifung gestattet (JW. 95 S. 328.). Durch den Zuschlag werden auch hier — wie beim Kaufvertrage — nur *Verpflichtungen* begründet. Der Eigentumsübergang richtet sich, wie der Übergang der Gefahr, der Lasten und der Nutzungen nach dem bürgerlichen Rechte (vgl. §§ 446, 929, 1242 BGB.), er findet statt durch Übergabe an den Käufer nach Maßgabe der §§ 929 ff. BGB. Der Gerichtsvollzieher darf daher den Erlös an den Gläubiger nicht abführen, bevor die Übergabe der versteigerten Gegenstände stattgefunden hat, da trotz des Zuschlages die Übergabe noch aus Rechtsgründen, z. B. die Anordnung der Freigabe oder das Eingreifen der Immobiliarzwangsvollstreckung unmöglich werden kann (vgl. ERG. 35, 270; bei Gruchot 38, 1032; Gaupp-Stein Anm. II zu § 817; Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 817).

Ganz anders ist es dagegen beim Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung in das *unbewegliche* Vermögen. Hier treten mit dem Zuschlag, d. h. mit der Vollendung des Kaufvertrages, sofort die dinglichen Wirkungen ein: Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks und der mitversteigerten Sachen unter der auflösenden Bedingung, daß nicht im Beschwerdewege der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird (§ 90 ZVG.). Der Ersteher wird Eigentümer in dem Zeitpunkt, in welchem der Zuschlag wirksam wird, also mit dessen Verkündung (§ 89) oder, wenn

der Zuschlag in der Beschwerdeinstanz erteilt wird, mit der Zustellung des Beschlusses an ihn (§ 104).

Dies weicht sowohl von der bürgerlich-rechtlichen Regelung des Eigentumsüberganges wie von derjenigen früherer Partikularrechte ab, die den Eigentumserwerb des Erstehers in der Zwangsversteigerung an „die Erfüllung der bei der Versteigerung übernommenen Verbindlichkeiten" knüpfte (so Bayern), oder an eine besondere Übergangserklärung des Subhastationsgerichts (sog. Adjudikation), die erst nach Berichtigung des Kaufgeldes ergehen durfte (so die meisten mitteldeutschen Staaten), oder für den Eigentumserwerb des Erstehers dessen Eintragung im Grundbuch entscheidend sein ließen (so Sachsen, Mecklenburg). — Das durch den Zuschlag vermittelte Eigentum wird von dem Ersteher erworben, ohne daß hierzu die Eintragung in das Grundbuch oder die Übertragung des Besitzes erforderlich ist; der Eigentumsübergang ist, wie nach den Vorschriften über den Kaufvertrag, auch unabhängig von der Zahlung des Versteigerungserlöses, mag derselbe nach den §§ 60, 61 gestundet sein oder nicht. — Mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteher nach § 90 Abs. 2 zugleich die Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat; es geht daher das Eigentum an den beweglichen Sachen ohne Übergabe und an den Forderungen ohne Überweisung auf den Ersteher über, sofern und soweit diese Gegenstände nicht der gesonderten Versteigerung und Verwertung des § 65 vorbehalten sind.

Bei der Immobiliarzwangsvollstreckung fallen also die im Kaufvertrage enthaltenen obligatorischen Verpflichtungen zusammen mit den dinglichen Wirkungen der Erfüllung, wenigstens soweit sich diese auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung bezieht [1]).

IV.

Der **Abschluß** eines Kaufvertrages ist die übereinstimmende Willenserklärung (§§ 145 bis 157 BGB.) der Vertragsparteien, die Einigung über den Vertragsinhalt, d. h. über Ware, Preis und Geschäftsbedingungen, gegebenenfalls (in den Ausnahmefällen) in der gehörigen Form.

In einigen Fällen besteht eine **Pflicht zum Abschluß** eines Kaufs oder Verkaufs, nämlich auf Grund vertragsmäßiger Verpflichtung (pactum de emendo oder vendendo). Nicht hierher gehört der Vorbehalt des Wiederkaufs und das Vorkaufsrecht. Den Käufer beim Wiederkauf trifft nicht die Verpflichtung, zurückzuverkaufen, sondern der Wiederkauf vollzieht

[1]) vgl. unten VI Erfüllung.

sich nach § 497 Abs. 1 mit der Erklärung des Verkäufers, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe, von selbst. In gleicher Weise ist auch die Natur des Vorkaufs zu bestimmen; auch hier wird das Recht ausgeübt und kommt der Vertrag zustande durch die Erklärung des Berechtigten (§ 505 BGB.).

Der Abschluß des Kaufvertrages bei der Zwangsvollstreckung in Mobilien kommt ebenso zustande wie beim gewöhnlichen Kauf (§ 817 ZPO., § 156 BGB.). Wir haben oben S. 9 dargelegt, daß in dem Zuschlag des Versteigerers die Annahme des vom Bieter gemachten Kaufangebots enthalten ist. Durch den Zuschlag wird diese Annahme zugleich verkündet und geht dem anderen Kontrahenten zu; somit ist der Vertrag abgeschlossen nach den §§ 145 ff. BGB. Der Bieter braucht freilich bei der Erteilung des Zuschlags nicht mehr anwesend zu sein; denn sein Gebot ist dahin aufzufassen, daß er den Zuschlag als genügende Erklärung an sich gelten lassen will (§ 151 BGB.). Dies würde also anzunehmen sein, auch wenn es sich nicht aus § 181 FGG. ergäbe. (Enneccerus § 152 Anm. 10 S. 413).

Nicht anders vollzieht sich der Abschluß des Kaufes bei der Immobiliar-Zwangsvollstreckung, auch hier ist er in dem Zuschlag (§ 90 ZVG.) enthalten.

Eine Sonderbestimmung für den Abschluß eines Kaufes im Wege der Zwangsvollstreckung, welche oben S. 34 schon kurz erwähnt wurde, ist hier zu besprechen: gewisse Personen sind vom Kauf ausgeschlossen. — Um eine Gewähr für den rechtmäßigen Vollzug des Vertragsschlusses und für die Erzielung eines angemessenen Preises zu erhalten, um die für ihre Mitwirkung beim Verkauf dringend erforderliche Unparteilichkeit der betroffenen Personen nicht zu gefährden, verbietet das Gesetz, daß die zur Vornahme eines notwendigen Verkaufs ermächtigten Personen selbst in irgend einer Weise als Käufer eintreten; sie dürfen den zum Verkauf gestellten Gegenstand nicht für sich selber kaufen, weder unmittelbar noch durch einen anderen, weder im eigenen Namen, noch im Namen eines Dritten (§§ 456, 457 BGB.; für letzteren Fall würde bereits § 181 eingreifen).

Dies gilt a) Bei jedem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung — der Verkauf mag öffentlich oder aus freier Hand erfolgen, §§ 814, 821 ZPO. — für den mit der Vornahme der Leitung des Verkaufs beauftragten Beamten, für die von ihm zugezogenen Gehülfen und für den Protokollführer. Entsprechend dieser Vorschrift des BGB. verbietet sich ein Mitbieten des Richters oder des Gerichtsvollziehers, vor dem die Zwangsversteigerung eines Grundstücks stattfindet, auch nach § 41 Nr. 1 ZPO., bzw. § 156 Nr. I, 1 GVG. und § 64 Nr. 3 der Geschäftsanweisung für

Gerichtsvollzieher (vgl. Fischer-Schäfer 1. Aufl. S. 70 Anm. 1; Enneccerus § 324, IV Anm. 18). Verbieten die Geschäftsanweisungen auch das Mitbieten von Angehörigen des Gerichtsvollziehers[1]), so handelt es sich dabei um eine bloße Ordnungsvorschrift. b) Nach § 457 BGB. bei jedem Verkauf durch einen Beauftragten, wenn der Verkauf auf Grund gesetzlicher Vorschrift (Selbsthülfeverkauf nach den §§ 383, 385; Pfandverkauf nach den §§ 1233 ff. BGB.) oder durch den Konkursverwalter stattfindet.

Die Wirksamkeit des gegen dieses Verbot und ohne vorherige Einwilligung der Beteiligten abgeschlossenen Kaufvertrages, sowie der dinglichen Übertragung des verkauften Gegenstandes befindet sich rechtlich in einem Schwebezustande: Ein der obigen Regel widerstreitender Verkauf und ebenso die auf seiner Grundlage erfolgende Übereignung oder sonstige Übertragung des verkauften Guts ist unwirksam, es sei denn, daß die an dem Verkauf als Schuldner, Gläubiger oder Eigentümer beteiligten Personen ihm sämtlich, im voraus oder nachträglich, zustimmen. Sonach sind Käufer und Verkäufer zunächst an das Geschäft gebunden, alle anderen Beteiligten dagegen sind, solange sie nicht zugestimmt haben, frei. Ist die Zustimmung nicht erfolgt, so kann der Käufer — um die rechtliche Lage aufzuklären — jeden Beteiligten auffordern, sich darüber zu äußern, ob er die Zustimmung nachträglich geben wolle. Dann gilt § 177 Abs. 2: Erfolgt die nachträgliche Zustimmung nicht binnen 14 Tagen nach der Aufforderung, so gilt sie als verweigert, und der Kauf ist nunmehr auch für den Käufer unverbindlich, unwirksam (§ 458 Abs. 1). — Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs, sowie für einen Mindererlös aufzukommen (§ 458 Abs. 2). Abgesehen davon kann den Käufer eine Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 wegen Verletzung eines Schutzgesetzes treffen. — Daß der Leiter des Verkaufs auch nicht „durch einen anderen" kaufen darf, bezieht sich sowohl auf den Fall, daß der andere als Stellvertreter, wie auf den, daß er in eigenem Namen, aber für Rechnung des Verkaufsleiters handelt. Im letzteren Fall ist für den bei einem etwaigen zweiten Verkauf eintretenden Mindererlös der „andere" als der frühere Käufer persönlich haftbar, nicht der Verkaufsleiter (§ 458).

Eine Ausnahme von diesen Vorschriften enthält der § 373 Abs. 4 HGB.: Beim Selbsthülfeverkauf können sowohl der Verkäufer wie der Käufer in der öffentlichen Versteigerung mitbieten (Franckenberger in Seuff. Bl. 65 S. 428). Ersteht der Verkäufer die Ware, so liegt, falls Käufer nicht

[1]) z. B. Preußen § 64, Bayern § 109, Sachsen § 1659, Baden § 156, Oldenburg § 83, Mecklenburg § 74, Elsaß-Lothringen § 64, Hamburg § 2.

bereits Eigentümer geworden war, in Wahrheit kein Kauf, sondern lediglich eine eigentümliche Bestimmung der Preisdifferenz zwischen dem ursprünglichen und dem jetzigen Preise vor (Lehmann S. 746 ff.).

V.

Für die **Gültigkeit** des Kaufes im Wege der Zwangsvollstreckung gelten die allgemeinen Vorschriften über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte. *Nichtig* ist demnach, abgesehen von den sich aus dem Mangel der Geschäftstätigkeit ergebenden Unwirksamkeitsgründen ein solcher Kauf:

a) wenn eine Leistung von vornherein — sei es physisch oder rechtlich (z. B. wenn die Sache nicht verkehrsfähig ist) — unmöglich ist: §§ 306, 307 BGB.

b) wenn er einem gesetzlichen Verbot widerspricht und „sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" (§ 134, vgl. auch §§ 135, 136 BGB.) oder wenn er den guten Sitten widerspricht: § 138 BGB.

c) wenn die vorgeschriebene Form (die gesetzliche oder die durch die Versteigerungsbedingungen vielleicht noch vertragsmäßig bestimmte) nicht beobachtet ist: § 125 BGB.

d) wenn das Geschäft, der Zuschlag mit Erfolg angefochten wird (z. B. wegen Irrtums des Erstehers): § 142 Abs. 1 BGB.

VI.

Erfüllung eines Kaufvertrages ist einerseits: Übergabe und Eigentumsverschaffung bezw. Verschaffung des Rechts oder Abtretung der Forderung — andererseits: Abnahme der Ware und Bezahlung des Kaufpreises. Sie fällt beim Handkauf oder Barkauf mit dem Abschluß zusammen.

Als *Erfüllungsort* (der Platz, an dem die geschuldete Leistung zu bewirken ist) gilt zunächst der Ort, den die Parteien besonders verabredet haben. Ist nichts vereinbart, auch sonst aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertragsverhältnisses, nichts für das Vorhandensein eines besonderen Erfüllungsortes zu entnehmen, so ist Erfüllungsort für die einzelne Vertragsverbindlichkeit der Ort, an welchem der die Leistung schuldende Teil bei Abschluß des Kaufes seinen Wohnsitz hatte (z. B. ist Erfüllungsort für die Lieferung der Ware im Zweifel der Wohnsitz des Verkäufers): §§ 269 Abs. 1, (vgl. Abs. 2), 270 BGB.

Ist über die *Erfüllungszeit* nichts ausgemacht, so sind die Leistungen „Zug um Zug" zu bewirken. Der eine Teil kann die ihm obliegende Leistung solange innehalten, bis der andere die Gegenleistung bewirkt (Einrede des nicht erfüllten Vertrages: § 320 Abs. 1 BGB.). Liegt

kein Handkauf vor, ist aber auch weder für den einen noch für den anderen Teil eine besondere spätere Erfüllungszeit ausgemacht, so ist von beiden Seiten alsbald nach Abschluß des Vertrages zu erfüllen: § 271 Abs. 1 BGB. (s. auch § 358 HGB.). Ist eine Zeit für die Erfüllung bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Erfüllung nicht vor dieser Zeit verlangen kann, der Schuldner aber berechtigt ist, vorher zu erfüllen: § 271 Abs. 2 BGB. Ist für die Zahlung des Kaufpreises ein bestimmter Tag oder eine bestimmte Frist ausgemacht, so ist bis dahin der Kaufpreis gestundet, eine Verzinsung kann nicht in Frage kommen: § 452 BGB. Bei früherer Bezahlung kommt aber auch kein Abzug von Zwischenzinsen in Betracht (§ 272 BGB.).

Auch für den Verkauf bei der Mobiliar-Zwangsversteigerung gelten die allgemeinen Grundsätze. Erfüllung ist also auch hier einerseits: Übergabe und Eigentumsverschaffung — andererseits: Abnahme und Bezahlung.

Was die Erfüllungszeit anbetrifft, so ist folgendes darüber zu sagen: Übergabe und Eigentumsverschaffung muß der Gerichtsvollzieher sofort nach dem Zuschlag vornehmen, es sei denn, daß dadurch das Versteigerungsgeschäft erheblich gestört wird, oder daß die Übergabe aus gewissen Rechtsgründen, wie S. 36 gezeigt, unmöglich geworden ist. — Abnehmen muß der Ersteher die Sache bis zum Schluß des Termins, widrigenfalls sie in demselben oder in einem neuen Termin anderweit versteigert wird (§ 817 Abs. 3 ZPO.). Dies geschieht, da der Ersteher noch nicht Eigentümer ist, nicht auf seine, sondern auf Rechnung des Schuldners; der Ersteher erhält deshalb nicht den etwaigen Mehrerlös; dagegen haftet er für einen Ausfall. Bei der Wiederversteigerung wird der Ersteher mit weiteren Geboten nicht zugelassen. — Regelmäßig hat der Ersteher den Betrag des Meistgebots bar zu zahlen, nur gegen Barzahlung darf die Ablieferung der Sache geschehen (§ 817 Abs. 2 ZPO.)[1]). Ist dem Gläubiger oder einem von ihnen zugeschlagen, und dem Schuldner nicht die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheit oder Hinterlegung gestattet, so hat der Ersteher nur diejenigen Beträge bar zu bezahlen, die zur Deckung der Vollstreckungskosten erforderlich sind oder sich nach seiner Befriedigung als Überschuß ergeben (§ 817 Abs. 4).

Daß der Gläubiger und der Schuldner diese Regelvorschrift des Gesetzes abändern, insbesondere also in den Versteigerungsbedingungen festsetzen können, daß die Abnahme der Sache sofort nach dem Zuschlag oder daß die Zahlung sofort, die Ablieferung dagegen erst zu einer späteren

[1]) Wobei die Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt (§ 819 ZPO.).

Zeit geschehen solle, ist nicht zweifelhaft. Fraglich ist aber, ob sie auch die Stundung des Meistgebots vereinbaren können. Doch ist nicht abzusehen, warum nicht einem bestimmten Bieter, insbesondere in der Zeit nach Abgabe des Meistgebots und vor Erteilung des Zuschlags der Kaufpreis gestundet werden dürfe (vgl. Gaupp-Stein; Struckmann-Koch und Seuffert zu § 817). Nicht selten wird die Stundung mit Eigentumsvorbehalt vereinbart, sodaß die Sache zwar sofort übergeben wird, aber erst mit der Barzahlung in das Eigentum des Erstehers übergeht und daß dieser bei Nichtzahlung die Wiederversteigerung dulden muß[1]). Nach dem Zuschlag kann der Gläubiger den Kaufpreis so weit stunden, als er ihn zu beanspruchen hat; zahlt aber der Ersteher nicht, so muß der Gläubiger gegen ihn klagen, ohne die Wiederversteigerung beantragen zu dürfen.

Aus der Regelvorschrift des Gesetzes ergibt sich, daß als beiderseitiger Erfüllungsort der Ort der Versteigerung anzusehen ist. Dieser ist in der Regel die Gemeinde, in der gepfändet wurde. An einem anderen Orte darf nur versteigert werden, wenn sich Gläubiger und Schuldner bei oder nach der Pfändung hierüber einigen oder das Vollstreckungsgericht dies nach § 825 ZPO. anordnet.

Das über die Erfüllung oben allgemein Gesagte gilt selbstverständlich ebenfalls für die Immobiliar-Zwangsversteigerung. Hier kommen sowohl Übergabe und Abnahme in Frage, wie auch die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers, die sich freilich sofort mit der Verkündung des Zuschlags vollzieht (§§ 90, 89 ZVG.). In bezug auf Zahlung des Kaufpreises gilt über die Erfüllung nach den §§ 49ff. ZVG.: Der Ersteher hat entsprechend der Feststellung des geringsten Gebotes denjenigen Teil des Gebotes, der zur Deckung der Gerichtskosten, sowie der im § 10 Nr. 1—3 bezeichneten Ansprüche, sowie der Nebenansprüche aus bestehenbleibenden Rechten bestimmt ist, bar zu zahlen; dasselbe gilt von dem Betrage, um den das Meistgebot das geringste Gebot übersteigt. Der zweite, d. h. der nicht bar zu zahlende Teil des geringsten Gebots, wird durch die übrigen berücksichtigten Rechte gebildet, die gegen den Ersteher bestehen bleiben (vgl. § 52 ZVG.). Die vom Gesetz als „Bargebot" bezeichneten Beträge werden sofort mit dem Zuschlag fällig; sie sind spätestens im Verteilungstermin an das mit der Verteilung betraute Gericht zu zahlen und vom Zuschlag an mit 4 vom Hundert zu verzinsen. Von seiner Verbindlichkeit kann sich der Ersteher durch Hinterlegung befreien, wenn er auf das Recht der Rücknahme verzichtet (§§ 372, 376, 378 BGB.). Die

[1]) Vgl. unten S. 49.

Befreiung tritt indes nur ein, wenn außer dem Bargebot die Zinsen bis zum Tage der Hinterlegung mit hinterlegt sind, weil sonst die Leistung keine vollständige ist; weiter aber müssen nach § 49 Abs. 3 ZVG. die Hinterlegung und die Ausschließung der Rücknahme im Verteilungstermin nachgewiesen werden. Anderenfalls ist ohne Rücksicht auf die Hinterlegung nach § 118 ZVG. zu verfahren, während bei einer nachgewiesenen Hinterlegung der hinterlegte Betrag an die Stelle der Zahlung tritt (vgl. § 117 Abs. 3 ZVG.). Kommt der Ersteher seiner Verpflichtung zur Zahlung im Versteigerungstermin nicht nach und weist er auch nicht die ordnungsmäßige Hinterlegung nach, so wird die Forderung gegen ihn aus dem Meistgebot auf die Berechtigten übertragen, und für die Forderung eine Sicherungshypothek an dem ersteigerten Grundstück eingetragen (§§ 118, 128 ZVG.).

Der Erfüllungsort richtet sich auch hier nach dem Orte der Versteigerung. Der Versteigerungstermin kann nach dem Ermessen des Gerichts an der Gerichtsstelle (vgl. § 1 ZVG.) oder an einem anderen Orte abgehalten werden (§ 36 Abs. 3 ZVG.). Beim Ermessen darüber, ob das eine oder das andere zu wählen ist, hat sich das Gericht natürlich von der Erwägung leiten zu lassen, daß derjenige Ort zu bestimmen ist, wo die meisten, kauflustigsten und kaufkräftigsten Bieter zu erwarten sind, und daß die Mehrkosten eines auswärtigen Termins nur zu verursachen sind, wenn sie voraussichtlich durch die zu erwartenden höheren Gebote aufgewogen werden.

VII.

Hinsichtlich der **Aufhebung** bezw. Rückgängigmachung des in der Zwangsversteigerung abgeschlossenen Geschäfts gelten die allgemein gültigen Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Das trifft auch zu für den Fall der Aufhebung wegen dolosen Verhaltens der einen Partei. Solches kommt häufig in der Weise vor, daß jemand gegen Zusicherung eines Vermögensvorteils die Verpflichtung eingeht, zu Gunsten des Vertragsgegners das Mitbieten in der Versteigerung zu unterlassen. Ist ein Vertrag dieser Art rechtlich wirksam? —

Es sind Gründe vorhanden, welche dafür sprechen könnten: Niemand der bei der Versteigerung Anwesenden ist zum Bieten verpflichtet, wenn daher jemand auf Grund eines Vertrages einen Dritten vom Bieten ausschließt, verletzt weder er noch der Vertragsgegner eine obligatorische Verpflichtung gegenüber dem Versteigerer. Der Preis, um den der eine Teil

vom Mitbieten absteht, ist eine Entschädigung für den etwaigen Gewinn, den ihm der Erwerb der Sache gebracht hätte.

Man könnte also versucht sein, den Vertrag über das Abhalten vom Mitbieten für gültig zu erklären — diese Ansicht hat Anerkennung und Verbreitung gefunden in Jherings J. Bd. 10 S. 358 (Reuling, Noch ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung) —, doch ist er in den bei weitem häufigsten Fällen als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig nach § 138 BGB.[1]). Daß dieses Unwerturteil in aller Regel den moralischen Durchschnittsanschauungen des Publikums entspricht, welche ja entscheidend sind für den anzulegenden Maßstab der guten Sitte, lehrt die Erfahrung des täglichen Lebens: Solche Verträge, die nicht selten sind, werden stets von den Parteien sorgfältig geheim gehalten, ein unmittelbares Zeugnis für das Bewußtsein der Vertragschließenden, daß derartige Abredungen keine Billigung finden. Das wird bestätigt durch den § 270 des preuß. StGB., der noch heute in Geltung ist (RG. in Strafs. Bd. 10 S. 221 ff.) und denjenigen mit Strafe bedroht, der andere vom Mitbieten bei der von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerung durch Zusage oder Gewährung von Vorteilen abhält. Nichtig nach § 138 BGB. wird ein solcher Vertrag auch erklärt von Lotmar S. 71/72; ebenso von Kohler Die Ideale im Recht (ArchBürgR. Bd. 5 S. 225 ff.), und von Regelsberger S. 190. Auch liegt im besagten Falle Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung im Sinn des § 826 BGB. vor, weil die Parteien einen anrüchigen Zweck, die Erlangung eines niedrigeren und Vereitelung des höchstmöglichsten Preises erstreben (JW. 1904 S. 537[5]; 1905 S. 682[3]; 1907 S. 201[5]). Der Gläubiger und der Schuldner können in solchen Fällen den Ersatz des ihnen durch die unerlaubte Handlung des Erstehers zugefügten Schadens verlangen (Falkmanu S. 727).

Gleichwohl soll nach herrschender Ansicht der Abschluß derartiger Verträge ohne Einfluß auf das Zwangsversteigerungsverfahren sein und eine Versagung oder Anfechtung des Zuschlags nicht darauf gestützt werden können; ein dem Gläubiger oder dem Schuldner zustehender Schadensersatzanspruch sei außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu verfolgen (vgl. Falkmann S. 726 ff.; Jaeckel-Güthe Anm. 13 zu § 72; Fischer-Schäfer Anm. 4 zu § 71).

[1]) Wohl kann er unter besonderen Umständen auch nicht unsittlichen Zwecken dienen, z. B. wenn die Parteien einer übertriebenen Preissteigerung entgegentreten wollen. Es ist also quaestio facti und im konkreten Falle vom Richter unter Berücksichtigung der Umstände und insbesondere des Vertragszwecks nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob ein pactum turpe vorliegt oder nicht.

In letzterem Punkte können wir uns der herrschenden Ansicht anschließen. Nach unserer Auffassung von dem Zwangsversteigerungsgeschäft müssen wir dem geschädigten Vertragsgegner aber ein Anfechtungsrecht wegen Betruges (§ 123 BGB.) geben, da der Versteigerer zur Erteilung des Zuschlags durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist (derselben Ansicht Koch bei Gruchot Bd. 4 S. 242ff.)[1]).

Dieselbe Beurteilung, wie die Übereinkunft auf Abstehen vom Bieten, findet das vom Versteigerer oft angewandte Mittel, durch Aufstellung von Scheinbietern die Gebote der wirklich Kauflustigen in die Höhe zu treiben. Der zwischen dem Versteigerer und dem Scheinbieter geschlossene Vertrag ist stets als nichtig zu betrachten (Regelsberger a. a. O. S. 192), und der Ersteher kann anfechten nach § 123 BGB.

Diesen Erwägungen entsprechend sind für Preußen vom Minister für Handel und Gewerbe unter dem 10. Juli 1902 Vorschriften erlassen worden – „Vorschriften über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen, sowie über den Geschäftsbetrieb der Versteigerer" –, die freilich für Gerichtsbeamte nur insoweit Geltung haben, als sie in der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 1. 12. 1897 enthalten sind[2]). § 5 darin lautet: „Die Versteigerer haben sich aller Handlungen oder Unterlassungen, die auf eine Täuschung des Publikums abzielen, zu enthalten . . ." und § 13 bestimmt weiter: „Der Versteigerer hat sich bei der Versteigerung jedes unlauteren Geschäftsgebarens, insbesondere des trügerischen Anpreisens der zu versteigernden Sachen, der Verleitung zum Überbieten durch Aufstellung von Personen, die nur zum Scheine bieten, zu enthalten. Weiß er, oder muß er den Umständen nach annehmen, daß Verabredungen getroffen sind, auf Grund deren andere vom Mitbieten oder Weiterbieten abgehalten oder Sachen (durch vorgeschobene Personen) angesteigert werden sollen, um unter den Teilnehmern sodann zu gemeinsamen Vorteilen veräußert zu werden, so hat er die an solchen Verabredungen Beteiligten, nötigenfalls mit polizeilicher Hilfe, zu entfernen. Er kann die Versteigerung auch abbrechen".

---

[1]) Vgl. oben S. 40 Vd.
[2]) Vgl. § 97 a. a. O.

Kapitel 3.

Käufer und Verkäufer insbesondere.

Im Folgenden sollen die einzelnen Rechte und Pflichten sowohl des Käufers wie des Verkäufers beim gewöhnlichen Kauf in Vergleich gebracht werden zu denen, welche dem Käufer bezw. Verkäufer beim Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung zukommen. Da die Rechte des Käufers in der Hauptsache den Pflichten des Verkäufers, und die Rechte des Verkäufers den Pflichten des Verkäufers entsprechen, so ist es nur nötig, über die Pflichten des Käufers bezw. Verkäufers besonders zu sprechen.

I.

Die Pflichten des Käufers.

1) Als erstes sei hervorgehoben, daß der Käufer alle diejenigen Verpflichtungen dem Verkäufer gegenüber zu erfüllen hat, welche ihm im einzelnen Fall event. durch Vertrag auferlegt sind. — Diesen Verpflichtungen entsprechen beim Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung die durch die jeweiligen Versteigerungsbedingungen dem Käufer auferlegten bezw. von ihm übernommenen.

Für die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen gilt darüber das oben S. 33/34 Gesagte.

Für die Immobiliar-Zwangsversteigerung schreibt das ZVG. gesetzliche Versteigerungsbedingungen in den §§ 49—58 vor, es gehören aber auch dazu die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44 bis 48). Alle diese Vorschriften sind nicht zwingend, sondern der Abänderung der Beteiligten unterworfen (§ 59). Es können also auf Antrag eines Beteiligten andere Feststellungen als die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen erfolgen. Zur Änderung der gesetzlichen und zur Aufstellung neuer Versteigerungsbedingungen ist hinreichend Gelegenheit gegeben, es kann selbst ein eigener Termin zur Erörterung darüber angesetzt werden (§ 62).

Für beide Versteigerungsarten gilt also: Ein Bieter, der in der Versteigerung seine Offerte macht, fügt sich damit den gesetzlichen bezw. den für den einzelnen Fall festgesetzten Versteigerungsbedingungen und hat die so übernommenen Verpflichtungen in derselben Weise wie ein sonstiger Käufer die vertraglich übernommenen zu erfüllen.

2) Der Käufer eines Gegenstandes hat die gekaufte Sache abzu-

nehmen (§ 433 BGB.). Geschieht die Abnahme nicht, so ergeben sich für den Käufer alle Folgen des Schuldnerverzuges nach dem § 284 ff. BGB.[1]), für den Verkäufer die entsprechenden Rechte.

Diese Pflicht ist nicht eine dem Kauf begrifflich wesentliche (Dernburg S. 36), aber auch für den Kauf bei der Zwangsversteigerung ist sie übernommen worden. § 817 Abs. 3 ZPO. bestimmt die Folgen für den Verzug in der Entgegennahme der versteigerten Sache:

> Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schluß des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebot nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

Ebenso liegt bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen dem Ersteher eine Abnahmepflicht ob, wenngleich sie im Gesetz keine ausdrückliche Regelung gefunden hat (vgl. unten II 2).

3) Ein dem Begriff des Kaufes wesentliches Erfordernis ist die Pflicht des Käufers zur Bezahlung des Preises (§ 433 BGB.). — Diese Verpflichtung wird für den Fall des Kaufes im Wege der Zwangsvollstreckung ausdrücklich hervorgehoben sowohl von der ZPO. (§ 817 Abs. 2) wie von dem ZVG. (§§ 49 ff.).

4) Der Käufer hat den Kaufpreis — sofern er nicht gestundet ist — zu verzinsen mit 4 vom Hundert (§ 246 BGB.) von dem Zeitpunkt an, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren (§ 452 BGB.). — Bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen kommt eine Verzinsung des Kaufpreises für den Käufer nicht in Betracht, weil er den Gegenstand nur gegen bare Zahlung bekommt oder aber ihm vom Gläubiger und Schuldner Stundung bewilligt ist[2]). Dagegen entspricht § 452 BGB. bei der Grundstücks-Zwangsversteigerung der § 49 Abs. 2 ZVG., welcher bestimmt, daß das Bargebot zu verzinsen sei (ebenfalls mit 4 vom hundert nach § 246 BGB.) vom Zuschlag, also von dem Zeitpunkt an, von welchem an dem Ersteher die Nutzungen gebühren (vgl. unten 6).

5) Eine fernere Pflicht des Käufers ist es, von der Übergabe der

---

[1]) Ob auch der § 326 BGB. auf den Abnahmeverzug Anwendung finden kann, ist bestritten (vgl. Staudinger Bd. II Anm. IX 2e zu § 433).

[2]) Vgl. oben S. 42.

verkauften Sache an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung zu tragen (§ 446 Abs. 1 S. 1 BGB.). —

Für den Zwangsversteigerungskauf von beweglichen Sachen hat dasselbe zu gelten, der § 446 Abs. 1 S. 1 wird Anwendung finden müssen, weil die ZPO. eine ausdrückliche Regelung des Gefahrüberganges nicht getroffen hat. — Der dem § 446 Abs. 1 BGB. für das Immobiliar-Zwangsvollstreckungsverfahren nachgebildete § 56 ZVG., welcher bestimmt, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges in Ansehung des Grundstückes mit dem Zuschlag, in Ansehung der übrigen Gegenstände mit dem Schlusse der Versteigerung auf den Ersteher übergeht, bringt die Abweichung, daß er ausdrücklich den Übergang der Gefahr nur hinsichtlich des Unterganges, nicht auch hinsichtlich der Verschlechterung regelt, und indirekt aus seinem Schlußsatze erkennen läßt, daß die Gefahr der Verschlechterung stets den Ersteher trifft, weil ein Anspruch auf Gewährleistung nicht stattfindet (s. unten II 12). Ist die Verschlechterung freilich vor der Zuschlagserteilung eingetreten, so kann der Ersteher Beschwerde gegen den Zuschlag wegen Irrtums einlegen (vgl. Jaeckel-Güthe Note 14 zu § 71, 72). Dem zweiten Absatz von § 446 BGB., welcher vom Grundstückskäufer besonders handelt und bestimmt, daß dieser die Gefahr schon zu tragen habe vom Zeitpunkt der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch an, falls die Eintragung der Übergabe zeitlich vorangehen sollte, ist die Regelung des § 56 ZVG. analog, indem auch hier der Eigentumsübergang entscheidet.

6) Der § 446 BGB. bestimmt weiter in Abs. 1 S. 2, daß der Käufer von der Übergabe an die Lasten der Sache zu tragen hat. — In der ZPO. fehlt wiederum eine Regelung dieser Fragen, aus welchem Grunde die Anwendung des § 446 Abs. 1 S. 2 BGB. geboten ist, umsomehr, als die betreffenden Vorschriften im ZVG. ganz denen des BGB. nachgebildet sind, denn § 56 S. 2 ZVG. sagt: „Von dem Zuschlag an (also entsprechend dem Eigentumserwerb des BGB.) gebühren dem Ersteher die Nutzungen und trägt er die Lasten".

7) Der § 447 BGB., welcher bestimmt, daß beim Versendungskauf der Käufer die Gefahr bereits mit der Ablieferung des Verkäufers an den Spediteur, Frachtführer usw. übernimmt, kommt für den Kauf in der Zwangsversteigerung naturgemäß nicht in Betracht.

8) Der § 448 BGB. legt die Kosten der Abnahme dem Käufer zur Last. Er wird für den Fall des Grundstückskaufs oder des Rechtskaufs an einem Grundstück näher präzisiert im § 449 BGB., wo dem Käufer die Kosten der Auflassung und Eintragung bezw. die Kosten der zur Begründung oder Übertragung des Rechts nötigen Eintragung auferlegt werden. —

Übereinstimmend damit sagt der § 58 ZVG.: „Die Kosten des Beschlusses, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, fallen dem Ersteher zur Last“[1]). Auch die durch die Eintragung des Erstehers als Eigentümer (§ 130) entstehenden Kosten (preuß. GKG. §§ 58, 67, 132) sind in Preußen nur vom Ersteher zu tragen (Jaeckel-Güthe Anm. 2 zu § 58; Fischer-Schäfer § 58).

9) Nach § 450 BGB. ist es Pflicht des Käufers, die Verwendungen, welche der Verkäufer als notwendige nach dem Übergange der Gefahr auf die Sache machte, dem Verkäufer zu ersetzen, wie wenn er ihn mit der Verwaltung der Sache beauftragt hätte. — Solche Vorschrift wäre für die Zwangsvollstreckung ohne Bedeutung, da eine Übergabe an den Ersteher vor dem Zuschlag nicht in Frage kommt.

10) Ein Recht des Verkäufers beim gewöhnlichen Kauf, welches sich schlecht durch eine entsprechende Pflicht des Käufers wiedergeben läßt, aber doch hier nicht übergangen werden soll, ist dieses, daß beim Verkauf einer beweglichen Sache der Verkäufer bis zur Zahlung des Preises sich das Eigentum vorbehalten kann (§ 455 BGB.). —

Bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen darf nun zwar nach § 817 Abs. 2 ZPO. die Ablieferung der Sachen nur gegen bare Zahlung geschehen, aber doch ist die Möglichkeit gegeben, daß dem Ersteher der Kaufpreis gestundet werden kann[2]). Also wird man auch annehmen können, daß bei der Stundung das Eigentum vorbehalten werden darf. Dann ergibt sich für diesen Zwangsvollstreckungskauf aus § 455 BGB., daß im Zweifel das Eigentum erst mit der vollständigen Zahlung des Preises übergeht, und der Gläubiger berechtigt ist, von dem Vertrage mit dem Käufer zurückzutreten, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug gerät. Der Gläubiger kann in diesem Falle die Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher verlangen und die weitere Versteigerung betreiben (Seuffert Anm. 2 zu § 817).

11) Eine Untersuchungspflicht trifft den Käufer nur nach Handelsrecht (§ 377 HGB.). Während er aber auch sonst, nach allgemeinem bürgerlichen Recht, gut tut und es sozusagen eine Pflicht für ihn ist, die gekaufte Sache zu untersuchen — denn nimmt er eine mangelhafte Sache als Erfüllung an, so trifft ihn die Beweislast hinsichtlich des Mangels —, hat der Käufer bei der Zwangsversteigerung nicht nötig, die Sache zu untersuchen, weil jegliche Gewährleistung des Verkäufers ausgeschlossen ist (vgl. unten II 12).

---

[1]) Vgl. oben S. 21. [2]) Vgl. oben S. 42.

12) Schließlich sei hier noch eine vergleichende Übersicht gegeben für den Fall, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt. Der Verkäufer hat dann nach § 326 BGB. mannigfache Ansprüche (vgl. Dernburg § 98), auf die aber hier nicht im einzelnen eingegangen werden soll. Im allgemeinen steht ihm ein dreifaches Recht zu, nämlich 1) auf Erfüllung — also auf Zahlung des Preises — und daneben auf Schadensersatz wegen Verzögerung, 2) auf Schadensersatz statt der Erfüllung, 3) auf Rücktritt vom Geschäft. —

Für den Fall des Verzuges des Käufers bei dem Zwangsversteigerungskauf gilt folgendes: Der § 817 Abs. 2 ZPO. verbietet die Ablieferung des versteigerten Gegenstandes vor geleisteter Zahlung überhaupt, schließt aber — wie sich aus Abs. 3 ergibt — Festsetzung eines anderen Zahlungstermines als den Schluß der Versteigerung nicht aus, nur darf auch in diesem Fall die Ablieferung erst nach der Zahlung erfolgen. Ist über die Zahlungsfrist nichts bedungen, so muß die Abnahme gegen Bezahlung schon im Versteigerungstermin selbst erfolgen, sodaß, wenn sie nicht erfolgt ist, mit dem Schlusse dieses Termins der Verzug des Käufers feststeht. Der Meistbietende erwirbt mit dem Zuschlag das Eigentum nur unter der gesetzlichen Bedingung, daß der Preis bar bezahlt werde. Würde durch den Zuschlag der Kauf bedingungslos zustande gebracht, so würde der Ersteher endgültig berechtigt und gebunden sein; im Falle seines Zahlungsverzuges könnte also der Gerichtsvollzieher die Sache nur auf seine, des Erstehers, Gefahr und Rechnung in neuer Versteigerung verkaufen. Dieser müßte dann den Ausfall decken, würde aber auch den Mehrerlös profitieren. Deshalb sind hier die Folgen des Verzuges des Käufers durch die gesetzliche Barzahlungsbedingung anders geregelt als nach BGB. Bei genanntem Verzug, wenn der Ersteher nicht sofort abnimmt und bar bezahlt, soll nach § 817 Abs. 3 der ganze Kauf hinfällig werden, und es kann sofort oder in einem neuen Versteigerungstermin eine anderweite Versteigerung vorgenommen werden, welche nicht für Rechnung des säumigen ersten Käufers, sondern unter Aufhebung des ersten Zuschlags als Wiederholung der ersten Versteigerung auf Rechnung des Schuldners erfolgt. — Ist die Sache dem Ersteher unter Eigentumsvorbehalt abgeliefert, und der Kaufpreis gestundet worden, so gilt für den Fall des Zahlungsverzuges des Käufers das oben unter Nr. 10 Gesagte.

Nach § 49 ZVG. ist der Teil des geringsten Gebots, welcher zur Deckung der Kosten, sowie der im § 10 Nr. 1—3 und im § 12 Nr. 1—2 bezeichneten Ansprüche bestimmt ist, desgleichen der das geringste Gebot

übersteigende Betrag, wie schon einmal erwähnt[1]), im Verteilungstermin bar zu berichtigen (Bargebot). „Die Forderung an den Ersteher wird an sich mit der Erteilung des Zuschlags fällig. Da aber der zu zahlende Betrag zur Verteilung unter die Beteiligten bestimmt ist, so wird kein berechtigtes Interesse verletzt, wenn die Zahlung erst in dem Verteilungstermin erfolgt" (Mot. z. ZVG. S. 177). Kommt der Ersteher mit seiner Zahlung in Verzug, berichtigt er das Bargebot nicht in dem Verteilungstermin, so bestimmt § 118 ZVG. als Folge davon, daß der Teilungsplan dennoch auszuführen sei und zwar dadurch, daß die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten durch Anordnung des Gerichts übertragen wird. Irgendwelche anderen Maßregeln gegen den im Verzug befindlichen Ersteher zur Erzwingung der Zahlung stehen dem Gericht nicht zu Gebote. Der Verkäufer, welcher nach den Vorschriften der §§ 67 ff. ZVG. Sicherheitsleistung verlangt hatte, kann vom Gericht die Auszahlung des zur Sicherheit hinterlegten Geldes bezw. bei hinterlegten Wertpapieren die Veräußerung der Papiere nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und Auszahlung des Erlöses fordern (vgl. §§ 107 Abs. 3, 108 ZVG.).

II.

Die Pflichten des Verkäufers.

1) Was die Pflichten des Verkäufers aus einem Kaufvertrage anbetrifft, so fallen zunächst wieder darunter alle ihm durch Vertrag auferlegten (z. B. die Haftung für zugesicherte Eigenschaften des Kaufobjektes). — Diesen entsprechen wiederum bei dem in der Zwangsversteigerung abgeschlossenen Kaufvertrage die an den Verkäufer durch die Versteigerungsbedingungen gestellten Anforderungen.

2) Weiter trifft den Verkäufer nach § 433 BGB. die Pflicht der Übergabe der Sache. — Genau so ist es bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Dort gehört die Übergabe überhaupt zur Erfüllung des Geschäfts, zur Eigentumsübertragung[2]). — Aber auch bei der Zwangsversteigerung von unbeweglichem Vermögen — obwohl hier das Eigentum bereits mit dem Zuschlag übergeht — verbleibt dem Subhastaten die Verpflichtung zur Übergabe des Grundstücks. Da nach den §§ 23, 24 ZVG. dem Schuldner das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Grundstückes innerhalb der Grenze einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verbleibt, die Beschlagnahme auch nur die Wirkung eines Veräußerungs-

[1]) Vgl. oben S. 42.

[2]) Vgl. oben S. 41.

verbotes hat, der Subhastat also im Besitze des Grundstückes bleibt, so ergibt sich, daß der Subhastat verpflichtet ist, das versteigerte Grundstück zu übergeben.

3) Der Verkäufer ist ferner nach § 433 BGB. zur Rechtsverschaffung verpflichtet.

4) Für den Fall, daß der Verkäufer mit diesen seinen Hauptverpflichtungen (Nr. 2 und 3) in Verzug gerät, hat der Käufer nach § 326 BGB. die Rechte a) auf Erfüllung — also auf Übergabe und Eigentumsverschaffung — und daneben auf Schadensersatz wegen Verzögerung, b) auf Schadensersatz statt der Erfüllung, c) auf Rücktritt vom Geschäfte. —

Im entsprechenden Falle beim Zwangsversteigerungsverkauf werden dem Käufer dieselben Rechte zustehen.

5) Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache und der Begründung oder Übertragung des Rechts fallen dem Verkäufer zur Last (§ 448 BGB.). — Bei der Zwangsversteigerung von beweglichen Sachen gilt dasselbe, umsomehr, als für die Grundstücksversteigerung das ZVG. in § 58 eine dem § 449 BGB. nachgebildete Regelung gibt (vgl. oben I 8).

6) Im Sinne des Kaufvertrages und nach Treu und Glauben trifft den Verkäufer eine Verwahrungs- und Obhutspflicht für die Kaufsache bis zur Übergabe (bei Grundstücken auch noch nach deren Auflassung) (§§ 157, 242 BGB.). — Eine gleiche Obhut wird man dem Verkäufer in der Zwangsversteigerung zur Pflicht machen können.

7) Über die Pflicht des Verkäufers bis zur Übergabe der Sache die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung zu tragen (§ 446 Abs. 1 S. 1 BGB.) vergleiche man das oben unter I 5 Gesagte.

8) Desgleichen ist oben unter I 6 das Nötige hervorgehoben über die Pflicht des Verkäufers zur Übernahme der Lasten und Verwendungen bis zur Übergabe (§ 446 Abs. 1 S. 2 BGB.).

9) Nach § 444 BGB. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern. — Dieselbe Auskunftspflicht liegt dem Verkäufer in der Zwangsversteigerung ob (vgl. Wolff Anm. 1 zu § 90).

10) Hat jemand in Ansehung eines Gegenstandes ein Vorkaufsrecht, so ist der Verkäufer, sobald er mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand abgeschlossen hat, verpflichtet, dem Vorkaufsberech-

tigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages unverzüglich mitzuteilen (§ 510 BGB.). —

Das Vorkaufsrecht und eine entsprechende Verpflichtung des Verkäufers ist ausgeschlossen beim Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (§ 512 BGB.; vgl. § 92 ZVG.). Der Vorkaufsberechtigte kann sich hier dadurch helfen, daß er das höchste Gebot um einen kleinen Betrag überbietet. Das im Grundbuch eingetragene dingliche Vorkaufsrecht an einem Grundstück kann dagegen ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird (§ 1098 BGB.).

Bei der Zwangsvollstreckung im römischen Recht bestand auf Seiten des Verkäufers eine Pflicht zur Eingehung des Kaufvertrages mit dem Gläubiger und den Verwandten. Diese hatten ein gesetzliches Vorkaufsrecht (l. 16 D. de reb. auct. iud. (42, 5); L. 60 D. de pact. (2, 14). Ein vollkommenes Vorkaufsrecht lag hier freilich nicht vor. Voraussetzung war, daß die betreffenden Personen sich an der Versteigerung selbst beteiligten; sie hatten dann den Vorrang, auch wenn sie nur das gleiche, nicht ein höheres Gebot abgaben (Bechmann S. 267).

11) Zum Schluß kommen wir auf die Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu sprechen.

Der Verkäufer haftet beim gewöhnlichen Kauf:

a) für Rechtsmängel (§§ 434, 435, 437 BGB.)

b) für Sachmängel (§ 459 BGB.).

Zu a: Die Gewährleistungspflicht für Mängel im Recht fällt fort bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. „Wird ein Gegenstand auf Grund der Pfändung veräußert, so steht dem Erwerber wegen eines Mangels im Rechte ..... ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu" (§ 806 ZPO.). Desgleichen fällt sie fort bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. „Ein Anspruch auf Gewährleistung findet nicht statt" (§ 56 Satz 3 ZVG.). Bei jedem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung ist also eine Gewährleistung des Verkäufers für Rechtsmängel überhaupt ausgeschlossen. Dieser Satz hätte wegen seines rein materiell-rechtlichen Inhalts Aufnahme in das BGB. finden sollen! — Über den Grund dieser Vorschrift ist zu sagen: Die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers hat die rechtliche Natur einer vom Verkäufer vertragsmäßig übernommenen Garantie. Wo daher der Verkauf stattfindet, ohne oder gegen den Willen des Verkäufers, kann ein derartiges Garantieversprechen und mithin eine Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers nicht angenommen werden (vgl. Traenkner im SächsArch. Bd. 9

Heft 2 S. 287). Der Wegfall der Haftung für Rechtsmängel ist nicht sowohl auf die Natur der Versteigerung, als auf den doppelten Gesichtspunkt zurückzuführen, daß der Verkauf gegen den Willen des Übertragungspflichtigen und daß er unter öffentlicher Beglaubigung stattfindet. Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe haben den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt (vgl. Regelsberger S. 167).

Zu b: Auch die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Sache fällt fort beim Kauf im Wege der Zwangsvollstreckung. „Wird ein Gegenstand auf Grund der Pfändung veräußert, so steht dem Erwerber ..... wegen eines Mangels der veräußerten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu" (§ 806 ZPO.). Und für den Fall der Zwangsversteigerung eines Grundstücks „findet" nach § 56 ZVG. „ein Anspruch auf Gewährleistung nicht statt". Dem Erwerber steht ein Anspruch nicht zu weder gegen den Gläubiger, noch gegen den Eigentümer, noch gegen den Schuldner. Ähnlich privilegiert ist der Pfandverkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung nach § 461 BGB.: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird". — Als Grund für diese Regelung gilt: Der Verkauf auf Grund eines Pfandrechts bezw. in der Zwangsversteigerung erfolgt auf fremde Rechnung, und vom Pfändungsgläubiger bezw. betreibenden Gläubiger ist eine genaue Kenntnis nicht zu verlangen.

Anders ist es beim sonst zulässigen Pfandverkauf (aus freier Hand, Selbsthilfeverkauf, §§ 1221, 1235 Abs. 2, 1245, 1246 BGB., 373 HGB.). Dort tritt die regelmäßige Gewährleistungspflicht ein, darf auch nicht die Ausschließung der Gewährleistungspflicht als Bedingung des Verkaufs gesetzt werden (vgl. Staub Anm. 38 zu § 373; ERG. Bd. 19 S. 198; JW. 1902 S. 545[11]).

Ob die Vorschriften über den Ausfall der Gewährleistungspflicht sich auch auf die Zusicherung einer Eigenschaft beziehen, welche der betreibende Gläubiger bei der Versteigerung machte, ist streitig (vgl. Dernburg § 184 VII). Dem Wortlaut nach schließen sie selbst die Gewährleistungspflicht wegen arglistig verschwiegener Mängel und wegen zugesicherter Eigenschaften aus. Daher kommen auch viele zu dem Ergebnis, daß beim Zwangsversteigerungsverkauf wie beim Pfandverkauf die Haftung des Verkäufers für Sachmängel in jedem Fall als ausgeschlossen zu betrachten sei, so Jaeckel-Güthe Anm. 6 zu § 56; Gaupp-Stein Anm. 2 zu § 806; Goldmann-Lilienthal § 134 II 5c; insbesondere Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 313–315.

Gleichwohl wird man sich dazu verstehen müssen, die Vorschriften über den Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beschränkend auszulegen und sie nicht auf die Fälle zu beziehen, in denen der Verkäufer vertraglich besondere Eigenschaften zusicherte; das entspricht der Billigkeit. Und wie würde auch die gegenteilige Ansicht vereinbar sein mit dem Grundsatz der „Vertragsfreiheit" des BGB.! Diesem Vorwurf sucht Eccius (a. a. O.) zu entgehen, indem er bei vertraglicher Zusicherung von Eigenschaften eine nicht unter den Vorschriften der §§ 459ff. BGB. stehende Garantiepflicht des Verkäufers annimmt, die nur nichts gemein habe mit dem gesetzlichen Gewährleistungsanspruch des § 462 BGB. und darum Wandelung und Minderung ausschließe. Ähnlich argumentiert Jaeckel-Güthe (a. a. O.), indem er sagt, daß der § 56 Satz 3 ZVG. sich zwar auch auf die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften beziehe, daß der Verkäufer dem Ersteher gegenüber sich aber doch verpflichten könne, für eine bestimmte Eigenschaft der Sache einzustehen, indem dies als Versteigerungsbedingung nach § 59 ZVG. festgesetzt werde. Beide kommen also — wenn auch auf Umwegen — letzten Endes zu demselben oder doch wenigstens einem ähnlichen Ergebnis, wie die Vertreter der von uns geteilten Ansicht: Dernburg § 184 VII; Enneccerus Bd. I, 2 § 332, 4 S. 326; Crome S. 453 Anm. 75; Planck Anm. 1b zu § 461; Oertmann Anm. 1 zu § 461.